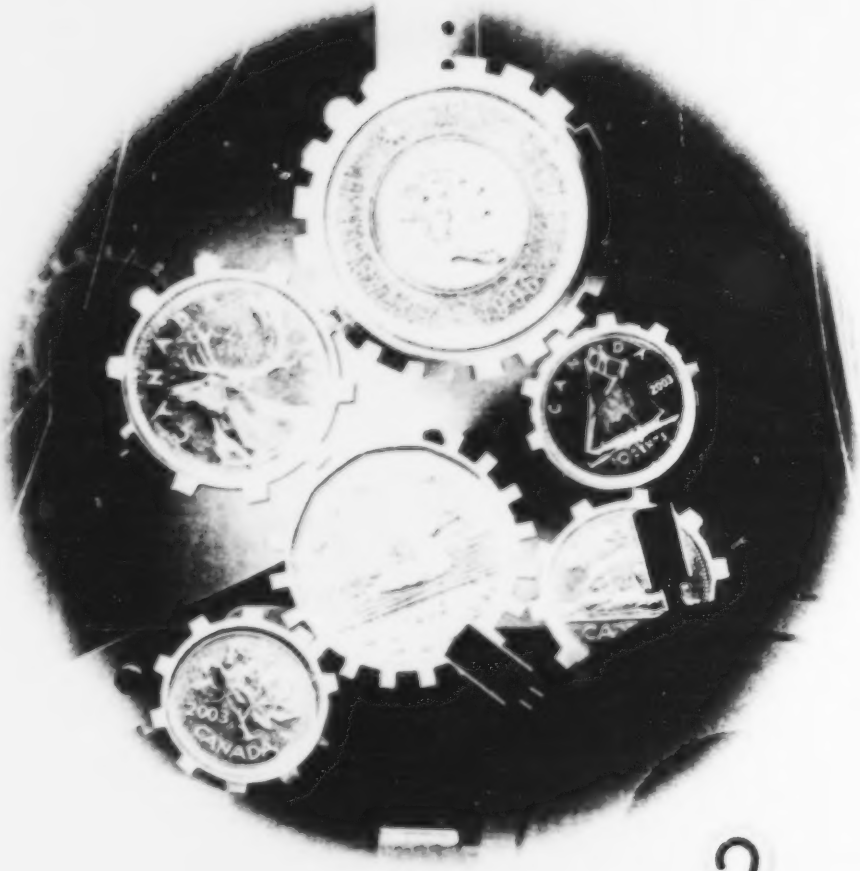
Modernizing Canada's Secured Transactions Law: The *Bank Act* Security Provisions



Law Commission of Canada
Commission du droit du Canada

Modernizing Canada's Secured Transactions Law: The *Bank Act* Security Provisions

LAW COMMISSION OF CANADA
COMMISSION DU DROIT DU CANADA

This Report is also available online at www.lcc.gc.ca.

To order a copy of the Report, contact:

Law Commission of Canada
222 Queen Street, Suite 1124
Ottawa ON K1A 0H8
Telephone: (613) 946-8980
Facsimile: (613) 946-8988
E-mail: info@lcc.gc.ca

Cover illustration by George Melo.

Canada

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, represented by the Minister of Public Works and Government Services, 2004

Catalogue No.: J31-4/1-2004
ISBN: 0-662-68360-9

106-02915/

The Honourable Irwin Cotler
Minister of Justice and Attorney General of Canada
Justice Building
Wellington Street
Ottawa, Ontario
K1A 0H8

Dear Minister:

In accordance with section 5(1)(c) of the *Law Commission of Canada Act*, we are pleased to submit the Report of the Law Commission of Canada on modernizing Canada's secured transactions law to produce a fair, efficient and less complex legal environment for extending secured credit.

Yours sincerely,

Nathalie Des Rosiers,
President

Bernard Colas,
Commissioner

Roderick J. Wood,
Commissioner

Mark L. Stevenson,
Commissioner

Contents

Letter of Transmittal i

Executive Summary v

1. Introduction 1

2. The Importance of Secured Credit 3

3. The Evolution of Canadian Secured Transactions Law 5

4. Problems Caused by the *Bank Act* Security Provisions 9

   a. Statutory Obsolescence 9

   b. Competing Federal–Provincial/Territorial Priorities 11

   c. Dual Registry 16

   d. The Pre-emption of Provincial/Territorial Legislative Objectives 17

5. Principles for Guiding Reform 21

6. Options for Reform 23

   a. Amend the *Bank Act* Provisions 23

   b. Create a Federal *Personal Property Security Act* 25

   c. Repeal the *Bank Act* Provisions 26

7. Transition 33

Bibliography 35

Executive Summary

Canada needs a fair, efficient, and less complex legal environment for extending secured credit because the availability of credit enables businesses to fund current and future projects, and that contributes to the health of our national economy.

The existing secured transactions regime provided by the *Bank Act* security provisions, dates back to 1890. While it has undergone a series of amendments, it has never undergone a coherent, comprehensive modernization. Meanwhile, every province and territory has enacted modern secured transactions regimes. The co-existence of an outmoded federal regime with modernized provincial/territorial regimes produces considerable uncertainty, which seriously undermines the efficiency of Canada's secured transactions law.

In this Report, the Law Commission of Canada traces the evolution of secured transactions regimes. It then discusses four categories of problems caused by the *Bank Act* security provisions: statutory obsolescence, competing federal–provincial/territorial priorities, dual registry and the pre-emption of provincial/territorial legislative objectives.

The Commission identified three principles for guiding reform of the secured transactions provisions of the *Bank Act*.

- Principle 1: The problems associated with the co-existence of two legal regimes governing security interests in personal property should be addressed to increase the predictability of outcomes and to ensure that the legal regimes governing secured credit are efficient and effective.
- Principle 2: Federal secured transactions law should utilize terminology and concepts that are compatible with both the civil law system of Quebec as well as the common law systems of the other provinces and territories.

- Principle 3: Federal secured transactions law should not interfere with valid provincial and territorial legislative measures that are generally applicable within the provinces and territories unless it is necessary to achieve an identified federal objective.

These principles are used to assess the advantages and disadvantages of three reform options: amend the *Bank Act* provisions, create a federal *Personal Property Security Act*, or repeal the *Bank Act* provisions.

Based on its analysis, the Commission recommends that Parliament eliminate the *Bank Act* security regime by repealing sections 427 to 429 of the *Bank Act*. This option best meets the criteria of the three guiding principles. It is also most likely to create greater certainty in legal outcomes, and a more efficient and effective secured transactions regime.

1. Introduction

The availability of credit is critically important to our economy. If businesses had to rely on their own cash flow to fund their current and future projects, they would need to drastically cut back on their activities. This would have a seriously detrimental effect on their business activities as well as on the national economy. Countries with legal systems that restrict the ability of businesses to obtain loans operate under a competitive disadvantage.[1]

Every Canadian province and territory has enacted a modern secured transactions regime to govern secured credit. These legal regimes are highly regarded around the world, and countries that have not reformed their secured transactions law often look to the Canadian systems as a model. Despite these successes, some aspects of Canadian secured transactions law are woefully inadequate. Most legal experts identify the relationship between the provincial and territorial secured transactions regimes and the federal *Bank Act* security provisions as the most pressing problem. Banks in Canada may take provincial or territorial security interests in collateral to secure their loans. However, they also have the option of taking a special security device available only to banks. This security device is currently referred to as section 427, *Bank Act* security, although this designation has changed over time with the renumbering of the *Bank Act*.[2] The co-existence of these two secured transactions regimes has produced considerable uncertainty; uncertainty that seriously undermines the efficiency of Canada's secured transactions law.

This Report briefly examines the economic importance of an effective secured transactions regime and traces the evolution of the Canadian secured transactions law. It then examines the particular problems caused by the co-existence of provincial/territorial and federal secured transactions regimes in both the common law jurisdictions, as well as the civil law jurisdiction in Quebec. The Report then identifies fundamental principles to use in assessing the available reform options and, using these principles, critically assesses

the strengths and weaknesses of each reform proposal. The Commission concludes that the *Bank Act* security provisions should be repealed. The Commission believes that repeal is the best way to produce an efficient and less complex legal environment for extending secured credit. It also has the advantage of creating a fairer system; one in which bank and non-bank lenders are treated alike.

---

1 See H. Fleisig, "The Power of Collateral" (1996) 33 *Finance and Development* 44.

2 It has previously been designated as section 74, section 88 and section 178 *Bank Act* security. It is presently governed by sections 427 to 429 of the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46.

2. The Importance of Secured Credit

Secured credit is an efficient form of lending under which the borrower gives the lender a special kind of property interest in some or all of the borrower's assets. These assets stand as collateral for the loan. In the event of a default by the borrower, the lender has the right to enforce its security interest by seizing and selling the collateral. By obtaining a security interest, the secured lender also obtains an assurance that it will be paid before most other claimants. This makes the secured lender's loan less risky than it would be if the lender extended unsecured credit to the borrower. This reduced risk is reflected in a lower interest rate for the loan. Since the lender can rely on the value of the collateral, a secured lender may also be willing to lend money in situations for which credit might not otherwise have been extended.

All of the provinces and territories have put into place a modernized secured transactions regime. Although a creditor was able to take a security interest in the debtor's assets under the unreformed law, there were a number of problems which tended to make it more difficult and more expensive to take an effective security interest.[1] The new secured transactions regimes are designed to facilitate secured financing. They do so in three ways. First, they reduce the costs of obtaining and publicizing security interests, thereby reducing the transaction costs of secured credit. Second, the priority rules that govern competitions between the secured party and other claimants who assert an interest in the same asset are rationalized so that outcomes are more transparent and easier to predict. Priority is generally given according to the order of registration in a public registry, which thereby publicizes the existence or potential existence of a security interest to third parties. Third, the statutes provide an efficient mechanism through which the secured party can enforce the security interest against the assets in the event of a default by the debtor.

These legislative reforms clearly place a high value on the efficiency and effectiveness of the institution of secured credit. Indeed, the

Canadian statutes have been used as a model for reform efforts in other countries. Despite this, there is one area of Canadian secured transactions law that is badly in need of reform: the relationship between the provincial and territorial regimes, which govern secured transactions law, and the provisions of the *Bank Act*, which create a federal security interest in the debtor's goods. The co-existence of two different secured transactions regimes introduces a number of legal uncertainties. Legal uncertainty makes it more difficult for lenders to predict outcomes, which in turn undermines the efficient operation of Canada's secured transactions law.

> "Two basic loan transactions have evolved in private markets: unsecured and secured. When a borrower offers an unsecured promise to pay, the lender must rely on the borrower's reputation, or trust that the borrower will pay back the loan in order to have access to future loans. In secured transactions, promises to repay are backed by collateral that lenders can seize and sell in the event loan payments are not made as agreed ... The issue of collateral is one of great economic importance. When borrowers cannot use their assets as collateral for loans and cannot purchase goods on credit using the goods themselves as collateral, interest rates on loans tend to be higher to reflect the risk to lenders."
>
> H. Fleisig, "The Power of Collateral" (1996), 33 *Finance and Development* 44.

1 See J.S. Ziegel, "The Legal Problems of Wholesale Financing of Durable Goods in Canada" (1963) 41 *Canadian Bar Review* 54.

3. The Evolution of Canadian Secured Transactions Law

To understand the evolution of Canadian secured transactions law, both provincially/territorially and federally, one must know something about the federal character of Canada.

Under section 92(16) of the *Constitution Act, 1867*, each province has exclusive power to legislate property matters and civil rights in its jurisdiction. As a result, secured transactions law is primarily a provincial matter. Notwithstanding this, the federal Parliament may legislate secured transactions pursuant to several powers that are enumerated in section 91 of the *Constitution Act, 1867*, including the power over banks and banking. This permits Parliament to create, through legislation, a statutory regime for the creation of a special secured transactions regime that governs security interest granted to banks by their borrowers. When valid provincial or territorial law conflicts with federal law, the federal law has precedence through the doctrine of federal paramountcy.[1] It is within this constitutional framework that the present form of Canadian secured transaction law emerged.

Canadian banking legislation originally restricted banks from taking provincial or territorial security interests in personal property to secure their loans. This was consistent with the then prevalent notion that the credit-granting practices of banks should be limited to short-term extensions of credit. However, because of Canada's emerging economy there was a nearly insatiable need for long-term loans. Parliament responded in 1890 by including statutory provisions in the federal *Bank Act* that permitted banks to secure their loans to a limited class of borrowers by taking a security in specific classes of goods. At first, the security was available only for wholesale manufacturers of goods and wholesale purchasers of primary products. The scope of the legislation was subsequently expanded to include farmers, fishers, aquaculturists and retail sellers. This expansion was largely the result of the lobbying efforts of members of those sectors who wished to use their assets as collateral to secure bank loans.[2]

In 1923, the *Bank Act* provided for the creation of a registry system to alert third parties that a bank had taken a security interest in the borrower's property. Failure by a bank to register rendered the security void against certain subsequent third parties, such as buyers and other secured parties.[3] The *Bank Act* also provided rules that set out the enforcement rights of the secured party upon default, as well as rules governing other aspects of the security.[4]

In 1967, banks were released from the prohibition against taking provincial or territorial security interests in personal property. However, in many respects the *Bank Act* security was a better security device. Provincial and territorial secured transactions law had not been modernized and reformed, leaving a number of difficulties to confront the secured lender. For example, the provincial and territorial registry systems required registration of the actual security document, whereas the *Bank Act* provisions provided a more flexible system under which it was sufficient to register a brief notice in the federal *Bank Act* registry system. At that time, the co-existence of two competing security regimes was not perceived as posing a significant problem. Although people had to undertake multiple registry searches before acquiring an interest in personal property, they simply accepted this inconvenience. Since provincial and territorial secured transactions law had not yet embraced the idea of a single registry system for all security interests, multiple registry searches were considered the norm. Although the situation was more complex in the civil law jurisdiction of Quebec, the resolution of priority competitions in the common law jurisdictions was relatively uncontroversial since basic law principles for common law property were used to determine priorities. The *Bank Act* security introduced a number of innovative features into the law of secured financing, and it was widely acknowledged that these advantages far outweighed the disadvantages of having both provincial/territorial and federal secured transactions regimes.[5]

However, as provinces and territories enacted modern secured transactions regimes, difficulties arose. To a large degree, the modernized provincial and territorial secured transactions regimes were self-contained codes in which the legislation set forth most of the important rules concerning the creation, priority and enforcement of

security interests in personal property. Unfortunately, the co-existence of the *Bank Act* security regime and the modernized provincial and territorial secured transactions regimes has produced problems of extraordinary complexity.

> "It is plain that the task of reconciling section 178 [now section 427] security with *Personal Property Security Act* security interests and all the other competing interests in an increasingly complex area of law will not be promptly accomplished by traditional common law methods. *Bank Act* security was designed for simpler times and primary extractive industries where competing security interests were few. Virtually every court and scholar to investigate the issues in the past decade has commented on the need for federal-provincial co-operation and legislative reform to reconcile the *Bank Act* and the *Personal Property Security Acts*."
>
> B. Crawford, "Must a Bank Comply with Provincial Legislation when Enforcing a *Bank Act* Security Interest: *Bank of Montreal* v. *Hall*" (1991), 70 *Canadian Bar Review* 142 at 156.

---

1 *Multiple Access Ltd.* v. *McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Tennant* v. *Union Bank of Canada* [1894] A.C. 31; *Bank of Montreal* v. *Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121.

2 R.H. Anstie, "The Historical Development of Pledge Lending in Canada" (1967) 74 *Canadian Banker* II, 81.

3 *Bank Act*, s. 427(4)(a).

4 For a more detailed review of these and other aspects of the *Bank Act* security interest, see B. Crawford and J.D. Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, 8th ed., (Toronto: Canada Law Book, 1986) at 403–62; W.D. Moull, "Security Under Sections 177 and 178 of the *Bank Act*" (1986) 65 *Canadian Bar Review* 242.

5 See R.J. Wood, "The Nature and Definition of Federal Security Interests" (2000) 34 *Canadian Business Law Journal* 65 at 71–3.

4. Problems Caused by the *Bank Act* Security Provisions

Four categories of problems caused by the *Bank Act* security provisions seriously compromise the efficiency and effectiveness of Canadian secured transactions law: statutory obsolescence, competing federal-provincial/territorial priorities, dual registry and pre-emption of provincial/territorial legislative objectives.

a. Statutory Obsolescence

One set of problems arises because the *Bank Act* security provisions date back to 1890. While the security device has undergone a series of amendments, at no time has it been rationalized or modernized to eliminate some of its more archaic features. There are two aspects to the problem of statutory obsolescence. The first is the legal uncertainty that results from the archaic terminology and concepts used in the federal statute. The second is the decreased use of the *Bank Act* security because the federal provisions fail to provide banks with a fully effective and comprehensive security device.

> "During the intervening period of more than 100 years they [the *Bank Act* security provisions] have grown haphazardly, without a coherent plan, and responding to particular judicial decisions or group pressures rather than sound development of commercial law principles. As a result s. 178 [now section 427] and its companion provisions in the latest revision of the *Bank Act* present us with a distressingly uncoordinated and frequently obscure set of clauses whose meaning often defies logical analysis."
>
> J.S. Ziegel, "Interaction of Provincial Personal Property Security Legislation and Security Interests under the *Bank Act*" (1986–87), 12 *Canadian Business Law Journal* 73 at 80.

The *Bank Act* provisions are replete with obscure language. For some kinds of collateral, the bank also obtains "a first and preferential lien", but for other types of collateral this status is not conferred.[1] Other examples of obscure language include the provisions that give the security priority over an unpaid seller's lien.[2] Again, there is considerable debate over the effect of these provisions.[3] These controversies add to the legal uncertainty associated with using the *Bank Act* security, since the matter can only be resolved through expensive litigation. When such uncertainty exists, commercial parties are unable to predict outcomes or conduct meaningful risk assessments.

Another problem associated with the obscure language of the federal provisions concerns the "document of title fiction". A bank that is given a *Bank Act* security obtains the same rights and powers as if the bank had acquired a warehouse receipt or bill of lading in which that property was described.[4] In the common law provinces and territories this operates in much the same way as a common law mortgage. There is a transfer of legal title to the bank, but the debtor also retains a proprietary interest in the collateral in the form of a right of redemption. Therefore in common law jurisdictions, the bank's ownership of the collateral does not generally give rise to characterization problems. This is not the case in Quebec. Under the civil law, the concept of ownership is unitary. If the bank is deemed to be the owner, then the debtor cannot also be the owner, but must be regarded as holding the property on the bank's behalf. However, the bank's ownership is restricted; the bank is required to retransfer the

> "... it is my opinion, nevertheless, that the intent of the law was well and truly to effect a genuine transfer of property rights despite the complete incongruity and lack of rationality of such a decision regarding a civil law concept of property rights." [translation]
>
> Justice Baudouin, in *Bérard* v. *Cie Montréal Trust* [1997] A.Q. no. 82 (A.C.A.), par. 66.

property when the obligation is satisfied, and the debtor has the right to retain possession of the property prior to any default. Unfortunately, this approach is completely out of step with the civil law concept of ownership, and introduces a high degree of irrationality and incoherence into the civil law.[5]

In addition to the legal uncertainty created by archaic statutory provisions, there are several features of the *Bank Act* security that make it unsuitable as a lender's primary security device. The *Bank Act* security can only be given to certain classes of debtors on certain classes of the debtor's assets.[6] Unlike provincial or territorial security interests, the *Bank Act* security cannot be granted on all of a business debtor's present and after-acquired personal property. It is also restricted in the types of obligations that it can secure. The *Bank Act* security cannot be given for past indebtedness.[7] The remedial scheme is also less comprehensive because the *Bank Act* provisions do not give the bank the power to appoint a receiver–manager upon default. Because of these limitations, it is uncommon for banks to rely on a *Bank Act* security as their primary security device. Instead, banks predominantly take the *Bank Act* security as a back up, relying on it only if there is a problem with their provincial or territorial security interest. As will be explained, double documentation creates a number of legal difficulties.

b. Competing Federal–Provincial/Territorial Priorities

The most serious problem with the co-existence of two secured transactions regimes is the legal uncertainty that arises when a *Bank Act* security competes with a provincial or territorial security interest. This occurs when a borrower gives the same asset as a *Bank Act* security to a bank and as a provincial or territorial security interest to another creditor. Neither the *Bank Act* nor the provincial or territorial personal property security statutes provide a complete set of priority rules to govern such a competition. This lack of compatibility between the federal and provincial/territorial systems has created a myriad of problems and has produced an intolerable degree of legal uncertainty. Moreover, the nature of the problem and its analysis

differ substantially when the security interest is from a common law jurisdiction or from the civil law jurisdiction of Quebec.

At least four priority problems are caused by this gap in the common law jurisdictions. The first problem concerns the status of an unperfected, or unregistered, provincial or territorial security interest in competition with a *Bank Act* security in the common law jurisdictions. A priority competition between a *Bank Act* security and a provincial or territorial security interest is generally determined according to their order of creation. The *Bank Act* security only attaches to the interest that the debtor has in the property. A prior provincial or territorial security interest therefore has priority over a subsequent *Bank Act* security. The *Bank Act* provides that a *Bank Act* security has priority over any subsequent interest. Therefore, a prior *Bank Act* security has priority over a subsequent provincial or territorial security interest. However, a failure to register a *Bank Act* security will result in its subordination to competing interests. The problem is that a similar loss of priority does not result when it is the provincial or territorial security interest that is not registered or otherwise perfected.[8] This produces a commercially unacceptable

> "It is difficult to escape the conclusion that the federal law governing security interests is in a wretched state of disrepair. Judges and academics alike have critically commented upon the obscure language of the *Bank Act*. Although the progressive development of the case law has made it somewhat easier to predict the outcome of priority competitions between a *Bank Act* security interest and a PPSA [*Personal Property Security Act*] security interest, these outcomes cannot be regarded as commercially acceptable. They violate a central norm of modern personal property security law — that third parties should have some means to discover the existence of a security interest."
>
> R. J. Wood, "The Nature and Definition of Federal Security Interests" (2000) 34 *Canadian Business Law Journal* 65 at 107.

outcome, as there is no means by which a bank can learn of the existence of the unregistered security interest. This particular problem does not arise in the civil law jurisdiction of Quebec, since the hypothecary (secured) creditors' rights do not arise until the publication of the hypothec (security).[9]

The second problem concerns the priority status of provincial or territorial purchase-money security interests. Under the reformed provincial and territorial secured transactions regimes, a secured party can obtain a single security agreement that will automatically cover new property that is acquired by the debtor after the security agreement is signed. So long as the security interest is properly registered, the secured party will obtain priority over any subsequently registered security interests. An exception is made when the subsequent secured party extends credit to permit the debtor to acquire a new asset. This transaction is referred to as a purchase-money security interest. Often the credit is supplied by a seller who reserves a security interest in the goods that are sold to secure the unpaid purchase price. In other situations, the credit is supplied by a lender who advances funds that enable the debtor to acquire the new asset. So long as certain procedural requirements are satisfied, the holder of the purchase-money security interest will be entitled to priority even though it was not the first to register its interest. For this reason, the rule is sometimes said to create a super-priority favouring the purchase-money security interest.

The priority status of a purchase-money security interest is only partially recognized when a provincial or territorial purchase-money security interest comes into competition with a prior *Bank Act* security that covers after-acquired property. If the purchase-money security interest was given by a seller, the purchase-money security interest will have priority over the *Bank Act* security.[10] But if the purchase-money security interest was given by a lender, the bank will be entitled to priority.[11] This creates a hidden trap for the purchase-money lender. Although the lender ordinarily enters into a loan transaction anticipating priority over competing security interests, this expectation can be defeated if the prior security interest is a *Bank Act* security.

The third problem, which is closely related to the second one, concerns production security interests. Provincial or territorial personal property security legislation provides that a security interest in crops given to enable the debtor to produce or harvest the crops has priority over another security interest given in the same collateral. In addition, most provinces and territories provide a similar priority for animals when the credit enables the debtor to acquire food, drugs or hormones for the animals. Although these production security interests are given priority over a prior provincial or territorial security interest in the crops or animals, the situation changes if the prior secured party is a bank which holds a *Bank Act* security. In this case, the production security interest super-priority is not available.[12] Instead, priority is given to the bank on the basis of the usual first-in-time rule of priority. This substantially undercuts the value of the production security interest super-priority and makes it more difficult for agricultural and aquaculture producers to finance the acquisition of production inputs.

The fourth problem concerns the status of a bank's claim to the proceeds of a sale of collateral covered by a *Bank Act* security. Unlike the provincial or territorial personal property security statutes, the *Bank Act* does not extend its security interest to proceeds. Banks typically include in their security agreements a trust proceeds clause that requires the debtor to hold the proceeds in trust for the bank. There is uncertainty over the application of the provincial or territorial statutes to the bank's claim to the proceeds and uncertainty about the priority rules that would govern the outcome of a dispute between the bank's proceeds claim and a secured party who has a provincial or territorial security interest in the same collateral.[13]

A different set of problems arise and a different analysis must be brought to bear if the interest that is in competition with the *Bank Act* security is governed by Quebec law. There are at least three situations in which the lack of compatibility between the federal and provincial systems produce significant legal uncertainty.[14] The first situation concerns the unpaid seller's right of resolution, which allows the seller to annul the contract of sale. The right of resolution

ordinarily reverts the ownership of the property to the seller retroactively. However, there is uncertainty whether this right can be exercised against property that is subject to a *Bank Act* security. The second situation concerns the non-compatibility of the *Bank Act* security provisions when a competition arises with a moveable hypothec. Since the hypothecary creditor's rights are acquired at the time of publication of the hypothec, a *Bank Act* security has priority over a subsequently published hypothec. This undermines the provincial priority rule giving priority to a vendor who publishes the hypothec within fifteen days of the sale. The third situation concerns property that is subsequently acquired by the debtor. Both the *Bank Act* security provisions and the civil code permit a lender to cover after-acquired property. It is unclear how a competition between a hypothecary creditor and a bank can be resolved when both claim such property.

A problem common to Quebec and the common law jurisdictions concerns the practice of double documentation under which a bank is given both a *Bank Act* security and a provincial or territorial interest in the same collateral to secure the same obligation. The issue is whether the bank must choose which interest to rely on, or if it can assert its *Bank Act* security against one party and its provincial or territorial interest against another party. In Quebec, it is argued that the concept of ownership by the bank is such that double documentation is not conceptually possible, but the matter has not yet been tested in the courts. Some cases in common law jurisdictions suggest that the bank must choose one or the other,[15] while other cases suggest that the bank can pick and choose as it sees fit.[16] Saskatchewan is the only common law province that has dealt directly with this issue. The Saskatchewan legislation provides that a security interest in collateral is void to the extent that it secures payment or performance of an obligation that is also secured by a *Bank Act* security.[17] The use of overlapping security agreements therefore results in the non-application of the *Personal Property Security Act* (PPSA) for any collateral on which a bank holds *Bank Act* security.

c. Dual Registry

One of the fundamental changes brought about by the reform of provincial and territorial personal property security law in the common law jurisdictions, was the creation of a single registry system and a single set of registry principles that govern regardless of the particular form of security agreement used. Under the previous law, the provinces and territories had separate registry systems for different types of security agreements. As well, the registry rules which governed such matters as the duration and renewal of the registration and the effect of non-registration often differed depending on the type of security agreement that was used. A single registry system makes it easier for parties to determine if property that they wish to acquire is subject to pre-existing security interest. They no longer have to conduct multiple registry searches; searching a single registry suffices.

The co-existence of the *Bank Act* security regime with the provincial/territorial security regimes frustrates the ideal of a single registry system. A party must search both the provincial/territorial registry system and the federal *Bank Act* registry whenever dealing with the kinds of goods that might be subject to a *Bank Act* security. Multiple searches add an additional layer of costs. Over the past four years, annual search fees collected by the registry are, on average, in excess of one million dollars.[18] Since private search and registration companies conduct many of the registry searches, the fees paid by searching parties are actually considerably higher than this figure.

In addition to the direct costs of conducting additional registry searches, there are other costs associated with a dual registry system. The existence of two registry systems, each governed by their own set of registration rules, increases the chances of legal error. If a searching party does not realize that the collateral may be subject to a *Bank Act* security, they may not search the *Bank Act* registry. Alternatively, a searching party may conduct a search, but choose the wrong registry office.[19] As well, the federal registry places a greater burden on searching parties when there has been a change of name or a transfer of the collateral to another person.

d. The Pre-emption of Provincial/Territorial Legislative Objectives

In several instances, the approach taken by the federal provisions conflicts with the legislative objectives of valid, in force provincial/territorial legislation. A good example of this phenomenon involves the application of provincial or territorial legislation that restricts the ability of a secured party to enforce a security interest on a default by the debtor.

The *Bank Act* security provisions set out a number of rules that govern the enforcement of the security in the event of default.[20] The bank is given the right to seize and sell the goods. This statutory right is in addition to other contractual rights that may be conferred upon the bank by the security agreement. In exercising these rights, the bank must act honestly and in good faith and must give the debtor reasonable notice of the sale and must deal with the property in a timely and appropriate manner with regard to the nature of the property and the interests of the debtor. The *Bank Act* provisions do not give the bank the right to appoint a receiver–manager, and this deficiency, together with the inability to confer an all-encompassing security interest on all of the debtor's present and after-acquired personal property, explains why a *Bank Act* security is now widely regarded as an inferior security device.

There is, however, one situation in which *Bank Act* security may be seen as providing banks with an advantage that is not available under provincial or territorial law. The provinces and territories impose limitations on the enforcement remedies of secured parties in certain instances. Usually these restrictions relate to secured consumer credit transactions. For example, in some provinces a secured party is prohibited from suing for a deficiency after the collateral is sold pursuant to an enforcement sale. In others, certain types of goods that are needed by the debtor to gain a livelihood are exempt from enforcement. Because the *Bank Act* security cannot be taken to secure a consumer credit transaction, no problem arises in these cases. However, to the extent that the remedies of secured parties are restricted in relation to business or agricultural financing, there exists

a potential for conflict between the federal and provincial/territorial legislative provisions. This conflict is largely limited to Saskatchewan. Saskatchewan has legislatively restricted the enforcement remedies of secured parties in relation to farming operations to a much greater extent than other provinces and territories.

The federal *Bank Act* provisions provide that on default a bank has the right to seize and sell the collateral. The Saskatchewan farm protection statutes prohibit a secured party from enforcing its security interest against the collateral. This constitutes an operational conflict between the federal and provincial statutes. This conflict is resolved by the paramountcy doctrine which gives precedence to the federal statutes and renders the provincial or territorial statute inoperative.[21] This means that the Saskatchewan farm protection legislation operates when a non-bank creditor, such as a credit union, is involved and when a bank chooses to take a provincial security agreement rather than a *Bank Act* security to secure the obligation. However, a

> "It may well be that to subject banks to provincial law would result in their having to live under a more restrictive regime. ... However, it does not follow that this is necessarily objectionable to anyone other except the banks and their shareholders. The purpose of legal regulation is to make sure that a fair and realistic balance is struck between the rights of the borrowers and the rights of lenders. It is up to the elected representatives to determine where that balance should be. If the balance is tilted too heavily in favour of borrowers, lenders have the ultimate power at their disposal: refusal to lend. Should this power be exercised to any great extent, laws will soon be changed to bring a fairer balance, since borrowers will suffer when credit facilities are lost."
>
> R.C.C. Cuming, "The Position Paper on Revised *Bank Act* Security: Rehabilitation of Canadian Personal Property Security Law or Curing the Illness by Killing the Patient" (1992) 20 *Canadian Business Law Journal* 336 at 344–5.

bank that takes a *Bank Act* security on the collateral is immune from any provincial limitations on the statutory enforcement remedies.

The federal pre-emption of provincial and territorial legislation undermines the legislative policy objectives in other jurisdictions as well. In Alberta, the legislation curtails the self-help remedies of secured parties and lessors.[22] Any seizure or repossession of personal property by a secured party must be carried out by a properly licensed and bonded civil enforcement bailiff. However, because of federal paramountcy, this restriction does not apply to banks. Therefore, banks can use private bailiffs to effect seizures whereas no other secured party can.[23]

---

1 *Bank Act*, s. 427(2)(d).

2 *Bank Act*, s. 428(2).

3 See B. Crawford and J.D. Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, Vol. 1, 8th ed., (Toronto: Canada Law Book, 1986) at 446–8; J.S. Ziegel, "Interaction of Provincial Personal Property Security Legislation and Security Interests under the *Bank Act*" (1986–87) 12 *Canadian Business Law Journal* 73 at 84–8; R.C.C. Cuming and R.J. Wood, "Compatibility of Federal and Provincial Personal Property Security Law" (1986) 65 *Canadian Bar Review* 267 at 273–4.

4 *Bank Act*, s. 427(2)(c).

5 See R.A. Macdonald, "Security Under Section 178 of the *Bank Act*: A Civil Law Analysis" (1983) 43 *Revue du Barreau* 1008.

6 *Bank Act*, s. 427(1).

7 *Bank Act*, s. 429(1).

8 *Rogerson Lumber Co. Ltd.* v. *Four Seasons Chalet Ltd.* (1980), 113 D.L.R. (3d) 671; *Bank of Nova Scotia* v. *International Harvester Credit Corp. of Canada Ltd.* (1990) 74 O.R. (2d) 738 (C.A.).

9 P. Ciotola, *Droit des sûretés*, 3rd éd., (Montréal: Thémis, 1999) at 359.

10 *Kawai Canada Music Ltd.* v. *Encore Music Ltd.* (1993), 10 Alta. L.R. (3d) 105 (C.A.); *YMCF* v. *406248 B.C. Ltd.* (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 359 (B.C.S.C.).

11 *Royal Bank of Canada* v. *Moosomin Credit Union*, [2003] S.J. 749 (C.A.).

[12] *United Grain Growers Ltd.* v. *Royal Bank of Canada*, [2001] 6 W.W.R. 677 (Sask. C.A.).

[13] See R.C.C. Cuming and R.J. Wood, "Compatibility of Federal and Provincial Personal Property Security Law" (1986) 65 *Canadian Bar Review* 267 at 292–301; J.S. Ziegel and D.L. Denomme, *The Ontario Personal Property Security Act: Commentary and Analysis*, 2nd ed., (Markham: Butterworths Canada, 2000) at 52–5.

[14] See M. Poirier, "Security under Section 427 of the *Bank Act* and Provincial Law: Interaction, Harmonization and Reform" [unpublished report provided by the author and archived at the Law Commission of Canada] at 94–9.

[15] *Kassian* v. *National Bank of Canada*, (1998), 61 Alta. L.R. (3d) 92 (Q.B.).

[16] *Bank of Nova Scotia* v. *International Harvester Credit Corp. of Canada Ltd.*, (1990) 74 O.R. (2d) 738 (C.A.).

[17] S.S. 1993, c. P-6.2, s. 9(2).

[18] *Supra* note 14, Appendix B.

[19] Under provincial law, registration of a security interest in goods is generally effected in the location of the collateral (although an exception is made in the case of certain types of highly mobile goods). Under the *Bank Act*, the registration must be effected in the jurisdiction where the debtor is located.

[20] *Bank Act*, s. 428(7)–(11).

[21] *Bank of Montreal* v. *Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Kovlaske* v. *Canadian Imperial Bank of Commerce* (2002), 39 C.B.R. (4th) 43 (Sask. Q.B.).

[22] *Civil Enforcement Act*, R.S.A. 2000, c-15, s. 9(3).

[23] See *Canadian Imperial Bank of Commerce* v. *Sledz*, [1991] 1 W.W.R. 42 (Alta. Q.B.).

5. Principles for Guiding Reform

The Commission believes that the current law is unacceptable and that reform is required. Before considering the various options for reform, it is desirable to identify the fundamental principles that will be used to assess the benefits and costs of each proposal. One of the overarching principles is that the reform should facilitate the use of secured credit by ensuring that secured transactions law is efficient and effective. This involves two components. The first concerns legal certainty. There must be a greater degree of predictability so that parties who transact with one another can know their legal position in advance without having to establish their rights through expensive and time-consuming litigation. The second element is that the law should be structured so that costs of entering into secured transactions are reduced, since unnecessary costs reduce the credit available to businesses.

The second guiding principle is that any law that is proposed should be compatible with both the common law and the civil law secured transactions regimes. The existing federal provisions are badly

> "Forcing Parliament to choose explicitly is also the best guarantee that the interests in national uniformity of commercial law will be mediated with the interests of regional diversity. ... If Parliament should then decide that these provincial initiatives are contrary to its economic policy relating to bans and bankruptcy, let it then exercise its constitutional jurisdiction to specify in detail the legal regime it wishes to apply. But let it do so on the basis of carefully thought out economic principles, and consciously adopted legal techniques responsive to the bijural character of Canadian private law."
>
> R. A. Macdonald, "Provincial Law and Federal Commercial Law: Is 'Atomic Slipper' a New Beginning?" (1991–92) 7 *Banking & Finance Law Review* 436 at 451.

deficient in that they have introduced concepts that are incompatible with the civil law jurisdiction of Quebec and that are at odds with the modernized personal property security regimes that have been adopted by the common law jurisdictions. It is essential that the reformed law operate effectively in both legal traditions.

The third guiding principle is that the federal law should not interfere with valid provincial or territorial legislative measures that are generally applicable within the provinces and territories unless it is necessary to achieve an identified federal objective. Since the doctrine of federal paramountcy can pre-empt valid provincial law, federal legislation should be designed so that the doctrine of paramountcy will not be invoked unless an identified federal objective cannot otherwise be met.

Principles for Guiding Reform

Principle 1

The problems associated with the co-existence of two legal regimes governing security interests in personal property should be addressed to increase the predictability of outcomes and to ensure that the legal regimes governing secured credit are efficient and effective.

Principle 2

Federal secured transactions law should utilize terminology and concepts that are compatible with both the civil law system of Quebec as well as the common law systems of the other provinces and territories.

Principle 3

Federal secured transactions law should not interfere with valid provincial and territorial legislative measures that are generally applicable within the provinces and territories unless it is necessary to achieve an identified federal objective.

6. Options for Reform

The Commission has identified three possible options for reform. The first would retain the *Bank Act* security system, but introduce amendments that would eliminate some of the problems that have been identified. The second would replace the present *Bank Act* system with a modernized federal personal property security system. The third approach would repeal the *Bank Act* security provisions. Each option will be described with a discussion of its advantages and disadvantages.

> "Canadians are raising some fundamental questions as to which level of government is best able to deal with various aspects of Canadian society. It is time to raise some fundamental questions concerning the regulation of personal property security transactions in Canada. It is not good enough to assume that what was needed 100 years ago or even 20 years ago must be retained. Clearly the country is not served by the retention of two conflicting systems of law that deal with the same subject-matter."
>
> R.C.C. Cuming, "The Position Paper on Revised *Bank Act* Security: Rehabilitation of Canadian Personal Property Security Law or Curing the Illness by Killing the Patient" (1992) 20 *Canadian Business Law Journal* 336 at 355–6.

a. Amend the *Bank Act* Provisions

The first option would retain the *Bank Act* security provisions, but introduce amendments that would eliminate the priority problems that have been identified. Banks would continue to be able to take *Bank Act* security to secure their loans. However, the amendments would introduce priority rules that would provide greater legal certainty and, therefore, more predictable outcomes. When a priority competition

arose between a *Bank Act* security and a provincial or territorial security interest, the outcomes would be more commercially sensible.

Some of the legal uncertainty that plagues this area of the law stems from the archaic terminology employed by the *Bank Act* provisions. Some of this uncertainty could be reduced by eliminating or reformulating some of the statutory provisions. For example, the "document of title fiction" could be abolished. In its place the statute could make it clear that the proprietary interest that is obtained by the bank is in the nature of a security right. The debtor would remain the owner of the collateral, but the bank would obtain an interest that would be characterized as a fixed legal charge in the common law jurisdictions or as an accessory real right under Quebec's civil code. Other provisions that contribute to legal uncertainty, such as the provision that gives the bank a "first and preferential lien" could also be eliminated.

Under this option, it would be necessary to introduce into the *Bank Act* a reformulated set of priority rules which would govern competitions between a *Bank Act* security and a provincial or territorial security interest. This could be accomplished by maintaining the separate federal and provincial/territorial registry systems. A *Bank Act* security would continue to be registered in a federal registry, while provincial or territorial security interests would be registered in the provincial or territorial registry systems.[1] The federal provisions would then be modified so as to provide a first-to-register rule of priority. Although the registration location would differ depending on whether a *Bank Act* or provincial/territorial security interest was involved, priority would be awarded to the first secured party to register its interest. This would solve some of the difficulties experienced under the present law. For example, a *Bank Act* security would no longer be defeated by an unregistered provincial or territorial security interest.

In drafting a federal first-to-register rule of priority, a number of complex design issues would need to be addressed. Many of these issues arise because the federal rule would need to properly interact both with the PPSA in the common law jurisdictions as well as the Civil Code of Quebec. There would also be difficulties in determining which transactions would be governed by the federal first-to-register rule of priority. The PPSA jurisdictions look to the substance of the

transaction to determine if the transaction is a security interest. A similar approach is not adopted in Quebec. Even among the common law jurisdictions, there are differences about which transactions are subject to a registration requirement. For example, true leases and consignments are not required to be registered in Ontario, but registration of such transactions is required in certain cases in the other jurisdictions. Although it is conceivable that these problems might be satisfactorily resolved by an extremely detailed set of priority rules that took into account the different regimes in the provinces and territories, it is likely that the statutory provisions would be extraordinarily complex and difficult to apply.

A further disadvantage of this option is that it would still be necessary for third parties to conduct dual registry searches. A search of both the federal registry and the provincial or territorial registry would be required to determine if the debtor's property is subject to a security interest. Consequently, this option would not reduce the transaction costs of registering and searching in additional registry systems.

b. Create a Federal *Personal Property Security Act*

The second option would be to replace the present *Bank Act* system with a modernized federal personal property security system that incorporates many of the features found in the provincial/territorial systems. This option would mean repealing sections 427 to 429 of the *Bank Act* and enacting a federal *Personal Property Security Act* based on the same language, concepts and structure as provincial or territorial legislation. The priority rules of this new federal statute would be harmonized with provincial and territorial law to provide similar priority rules (i.e., a first-to-register rule of priority, subject to a number of exceptions such as the purchase-money security interest super-priority).

This option would solve some of the priority problems that have been identified. In the common law jurisdictions, it would also reduce some of the existing complexities. Presently, users must understand two fundamentally different personal property security systems. If both the federal and the provincial/territorial systems in the common

law jurisdictions shared the same terminology, concepts and approaches, this complexity would be reduced.

A major weakness of this option is its complete disregard of the principle of bijuralism. Although the civil code system of Quebec incorporates many features found in the personal property security regimes in the common law jurisdictions, it remains a conceptually distinct secured transactions regime. While there are commonalities between these two systems, there are also many profound differences. Imposing a federal personal property security regime in Quebec, which is based on a model used in the common law jurisdictions, would not solve the problems of incoherence that will inevitably arise when the federal and provincial/territorial systems use fundamentally different concepts and principles.

As with the first option, the disadvantage of this alternative is that it still will be necessary for third parties to conduct searches of both the provincial or territorial and federal registries to determine if the debtor's property is subject to a security interest. Indeed, under this option this would become a greater problem. At present, the *Bank Act* security is limited in its availability. Only certain categories of borrowers can grant the security, and only certain categories of goods can be given as collateral. A federal *Personal Property Security Act* would eliminate these restrictions and permit a debtor to grant a federal security interest in all of the debtor's present and after-acquired personal property. This expansion in scope would significantly increase the use of the federal security device, which in turn would increase the number of occasions when a third party would need to conduct multiple searches.

c. Repeal the *Bank Act* Provisions

The third option would eliminate the federal security system by repealing sections 427 to 429 of the *Bank Act*. Banks that wished to take security interests in the personal property of their debtors would do so by taking provincial or territorial security interests.

A major advantage of this option is that it results in a more efficient and less complex legal environment. All of the legal uncertainty

problems associated with the co-existence of both provincial/territorial and federal personal property security systems would be eliminated. This option would also have the important effect of reducing the transaction costs of secured financing by reducing search and registration costs. A third party wishing to acquire an interest in the personal property of another would no longer need to undertake dual searches of both the provincial/territorial and the federal registries to determine if property is encumbered. A buyer or lender would only need to conduct a search of a provincial or territorial registry system.

Another major advantage is that it creates a fairer system. One criticism of the *Bank Act* system is that it creates an uneven playing field that favours banks and disadvantages non-bank credit granting institutions. Banks are able to take both *Bank Act* security and provincial or territorial security interests to secure their loans, while credit unions, small loan companies and other non-bank lenders are able to take only provincial or territorial security interests. This may allow banks to obtain an enhanced priority position over competing non-bank financial institutions.

Repealing the *Bank Act* security provisions would, therefore, produce significant benefits that the other reform options do not achieve. It would

- eliminate legal uncertainty,
- reduce transaction costs, and
- establish equal treatment of institutional lenders.

Are there any disadvantages that would militate against implementing this option? We conclude that although the *Bank Act* security played an important role in the Canadian economy at one time, it no longer serves this purpose. When we examine other justifications for retaining it, we conclude that they are weak and do not justify the continued existence of the *Bank Act* security device.

The original justification for the *Bank Act* security was that it would promote certain identified sectors of the Canadian economy. At one time, banks were not permitted to take provincial or territorial

security interests to secure their loans. This restriction was later removed, but at that time provincial and territorial secured transactions law was in a disordered state and did not provide a fully effective secured transactions regime. This impediment has now been eliminated. In every province and in every territory, a modern secured financing regime has been put into place. Therefore, the original justification for the *Bank Act* security is no longer valid.

It might be argued that repealing the *Bank Act* provisions would result in a loss of a long-standing secured financing regime and that eliminating it would make banks change their lending practices.[2] A review of registration statistics provides convincing evidence that this would not be the case. The number of *Bank Act* registrations effected in Canada is relatively small in comparison with the number of provincial or territorial registrations. Banks are well acquainted with the operation of the provincial/territorial secured transactions regimes and regard the provincial or territorial security agreement as their dominant security device. The *Bank Act* security is viewed merely as a secondary or back-up security device that will be used only if a problem is encountered with the provincial or territorial security interest. It is, therefore, highly unlikely that eliminating the *Bank Act* security provisions would result in any significant change in bank lending practices.

The final argument that might be made for maintaining a separate federal secured transactions regime is that it permits banks to make secured loans in jurisdictions that have restricted the enforcement remedies of secured parties. In particular, it might be argued that eliminating the *Bank Act* security regime would cause banks to reduce the availability of credit to the agricultural sector. To secure their loans, banks would rely on provincial or territorial security interests and would be subject to farm protection legislation that restricts the enforcement remedies of secured parties. The flaw with this argument is that the federal government is constitutionally limited in its ability to formulate a legislative policy that can effectively regulate the credit marketplace. Parliament only has the ability to legislate banks. Pre-empting provincial or territorial legislation will only be effective in relation to banks and not in relation to any non-bank lenders such as caisses

populaires or credit unions. This will simply result in a distortion in the market by conferring a benefit on only one class of lenders. To be effective, the regulation must apply to all financial institutions. Only the provinces and territories have the legislative competence to deal with all market participants engaged in secured lending.

> "There is no valid commercial purpose to be served in keeping a separate secured lending regime only for banks. Even assuming the best possible harmonization and reform scenarios, a separate regime entails considerable cost and unfairness, for which no justification exists. The original justification for the separate regime was to foster the development of the Canadian economy, by providing an incentive to banks to make loans to persons engaged in certain primary industries. In light of the highly effective secured lending regimes that exist in every Canadian jurisdiction, the original justification is no longer relevant. The federal Parliament should vacate the field, as it has better, more efficient ways of implementing federal economic policy"
>
> M. Poirier, "Security under Section 427 of the *Bank Act* and Provincial Law: Interaction, Harmonization and Reform" [unpublished report provided by the author and archived at the Law Commission of Canada].

Legal experts who have studied the matter have similarly concluded that repealing the *Bank Act* security provisions is the best option. Surveys of commercial lawyers indicate that this is their preferred option.[3] On April 7, 1997, the Personal Property Security Law Sub-Committee of the Canadian Bar Association – Ontario made a submission proposing the suspension or repeal of the *Bank Act* security regime.[4] In August 2003, the Secured Transactions Working Group of the Uniform Law Conference of Canada recommended the abolition of the *Bank Act* security provisions,[5] and at the Annual Meeting of the Conference it was resolved that the President of the Uniform Conference of Canada should write the federal ministers of

Justice, Finance and Industry recommending repeal of these provisions. In June 2003, a study paper was prepared for the Department of Justice which also proposed repealing the *Bank Act* security provisions as the preferred option.[6]

The Commission believes that this option best meets the criteria of the three guiding principles. We believe that repealing the *Bank Act* security provisions is most likely to create greater certainty in legal outcomes and a more efficient and effective secured transactions regime. This option is best able to take account of the bijural nature of Canadian commercial law. It is also the option that does not frustrate legitimate legislative measures of general application within the provinces and territories.

Recommendation 1

The Law Commission of Canada recommends that Parliament eliminate the *Bank Act* security regime by repealing sections 427 to 429 of the *Bank Act*.

---

1 An alternative to maintaining the separate registry systems would be to eliminate the federal registry system and instead require that the *Bank Act* security be registered in the appropriate provincial registry. Although this would eliminate the problem of dual registrations and dual searches, it would produce its own set of problems. It would be necessary to specify federal choice-of-law rules which specify which registry system and also to govern situations where either the collateral or the debtor moves from one jurisdiction to another.

2 The fact that the *Bank Act* security is a federal security device means that banks are able to use the same forms and the same procedures throughout Canada. A bank is, therefore, able to obtain a security interest that is fully effective throughout Canada. However, the current practice is for banks to routinely take both *Bank Act* security and a provincial security agreement on the same collateral to secure the same obligation. This negates any advantage of having a national registry system.

3 See the Working Group on the Reform of Canadian Secured Transactions, *Reform of the Law of Secured Transactions*, online: <http://www.ulcc.ca/en/poam2/PPSA_Rep_2003_En.pdf> (date accessed: 3 July 2004); M. Poirier,

"Security Under Section 427 of the *Bank Act* and Provincial Law : Interaction, Harmonization and Reform", Appendix A.

4 Canadian Bar Association – National Business Law Section, *Submission of Harmonization of Section 427 of the* Bank Act *and the Provincial Personal Property Security Acts* (Ottawa: Canadian Bar Association, November 1997).

5 Working Group, *supra* note 3.

6 Uniform Law Conference of Canada, Civil Section Minutes – 2003 Fredericton, New Brunswick, online: <http://www.ulcc.ca/en/poam2/index.cfm?sec=2003&sub=2003f> (date accessed: 3 July 2004).

7. Transition

Once the *Bank Act* security provisions were abolished, banks would no longer be able to take a federal *Bank Act* security in collateral. Instead they would need to take provincial security interests in the collateral. Since banks already are well acquainted with the operation of the provincial secured transactions regime, there would be very few problems associated with this transition. However, this would not address the issue of banks that would have taken *Bank Act* security prior to the repeal of the *Bank Act* provisions.

Banks that have existing *Bank Act* security in place to secure their loans should not be disadvantaged by the elimination of the *Bank Act* security regime. Transition rules should be developed that would recognize the validity of the *Bank Act* security for a period of time. Existing *Bank Act* security would remain valid for three years. During this period, priorities and other matters would continue to be governed by the *Bank Act* provisions. After the expiration of the three-year period, the *Bank Act* security would no longer be considered valid. Banks would need to obtain provincial security interests from their debtors if they wished to enjoy the status of a secured party. This would not be onerous, since the banks, in many cases, will have taken provincial security interests in addition to their *Bank Act* security. A bank that had not done so would, nevertheless, be able to take a provincial security interest during this period. The transition rule should specify that if this is done before the transition period expires, the bank's priority status against any competing interests would be preserved.

Recommendation 2

The Law Commission of Canada recommends that Parliament enact transition provisions that would recognize the validity of existing *Bank Act* security for three years. During this period, priorities and other matters would continue to be governed by the *Bank Act* provisions. After the expiration of the three-year period, the security would no longer be considered valid.

During the transition period, banks would be expected to take provincial security interests in the collateral and, provided they did so before the expiration of the three-year period, their priority status would be preserved.

Bibliography

Anstie, R.H., "The Historical Development of Pledge Lending in Canada" (1967) 74 *Canadian Banker* II, 81.

Bank Act, S.C. 1991, c. 46, s. 427–429.

Bank of Montreal v. *Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121.

Bank of Nova Scotia v. *International Harvester Credit Corp. of Canada Ltd.* (1990) 74 O.R. (2d) 738 (C.A.) .

Bérard v. *Cie Montréal Trust* [1997] A.Q. no. 82 (Q.C.A.).

Canadian Bar Association – National Business Law Section, *Submission of Harmonization of Section 427 of the* Bank Act *and the Provincial Personal Property Security Acts* (Ottawa: Canadian Bar Association, November 1997).

Canadian Imperial Bank of Commerce v. *Sledz*, [1991] 1 W.W.R. 42 (Alta. Q.B.).

Ciotola, P., *Droit des sûretés*, 3e éd., (Montréal: Les éditions Thémis, 1999).

Civil Enforcement Act, R.S.A. 2000, c-15, s. 9(3).

Crawford, B., "Must a Bank Comply with Provincial Legislation when Enforcing a *Bank Act* Security Interest: *Bank of Montreal* v. *Hall*" (1991), 70 *Canadian Bar Review* 142.

Crawford, B. and Falconbridge, J.D., *Banking and Bills of Exchange*, 8th ed., (Toronto: Canada Law Book, 1986).

Cuming, R.C.C., "The Position Paper on Revised *Bank Act* Security: Rehabilitation of Canadian Personal Property Security Law or Curing the Illness by Killing the Patient" (1992) 20 *Canadian Business Law Journal* 336.

Cuming, R.C.C. and Wood, R.J., "Compatibility of Federal and Provincial Personal Property Security Law" (1986) 65 *Canadian Bar Review* 267.

Fleisig, H., "The Power of Collateral" (1996) 33 *Finance and Development* 44.

Kassian v. *National Bank of Canada*, (1998), 61 Alta. L.R. (3d) 92 (Q.B.).

Kawai Canada Music Ltd. v. *Encore Music Ltd.* (1993), 10 Alta. L.R. (3d) 105 (C.A.).

Kovlaske v. *Canadian Imperial Bank of Commerce* (2002), 39 C.B.R. (4th) 43 (Sask. Q.B.).

Macdonald, R.A., "Provincial Law and Federal Commercial Law: Is 'Atomic Slipper' a New Beginning?" (1991–92) 7 *Banking & Finance Law Review* 436.

Macdonald, R.A., "Security Under Section 178 of the *Bank Act* : A Civil Law Analysis" (1983) 43 *Revue du Barreau* 1008.

Moull, W.D., "Security Under Sections 177 and 178 of the *Bank Act*" (1986) 65 *Canadian Bar Review* 242.

Multiple Access Ltd. v. *McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161

Poirier, M., "Security under Section 427 of the *Bank Act* and Provincial Law: Interaction, Harmonization and Reform" [unpublished report provided by the author and archived at the Law Commission of Canada].

Rogerson Lumber Co. Ltd. v. *Four Seasons Chalet Ltd.* (1980), 113 D.L.R. (3d) 671; 29 O.R. (2d) 193.

Royal Bank of Canada v. *Moosomin Credit Union*, [2003] S.J. 749 (C.A.).

Tennant v. *Union Bank of Canada* [1894] A.C. 31.

Uniform Law Conference of Canada, *Civil Section Minutes* (Fredericton: 10–14 August 2003). Available online: <http://www.ulcc.ca/en/poam2/index.cfm?sec=2003&sub=2003f> (date accessed: 3 July 2004).

United Grain Growers Ltd. v. *Royal Bank of Canada*, [2001] 6 W.W.R. 677 (Sask. C.A.).

Wood, R.J., "The Nature and Definition of Federal Security Interests" (2000) 34 *Canadian Business Law Journal* 65.

Working Group on the Reform of Canadian Secured Transactions, *Reform of the Law of Secured Transactions* (Fredericton: Uniform Law Conference of Canada, August 2003). Available online: <http://www.ulcc.ca/en/poam2/PPSA_Rep_2003_En.pdf> (date accessed: 3 July 2004)

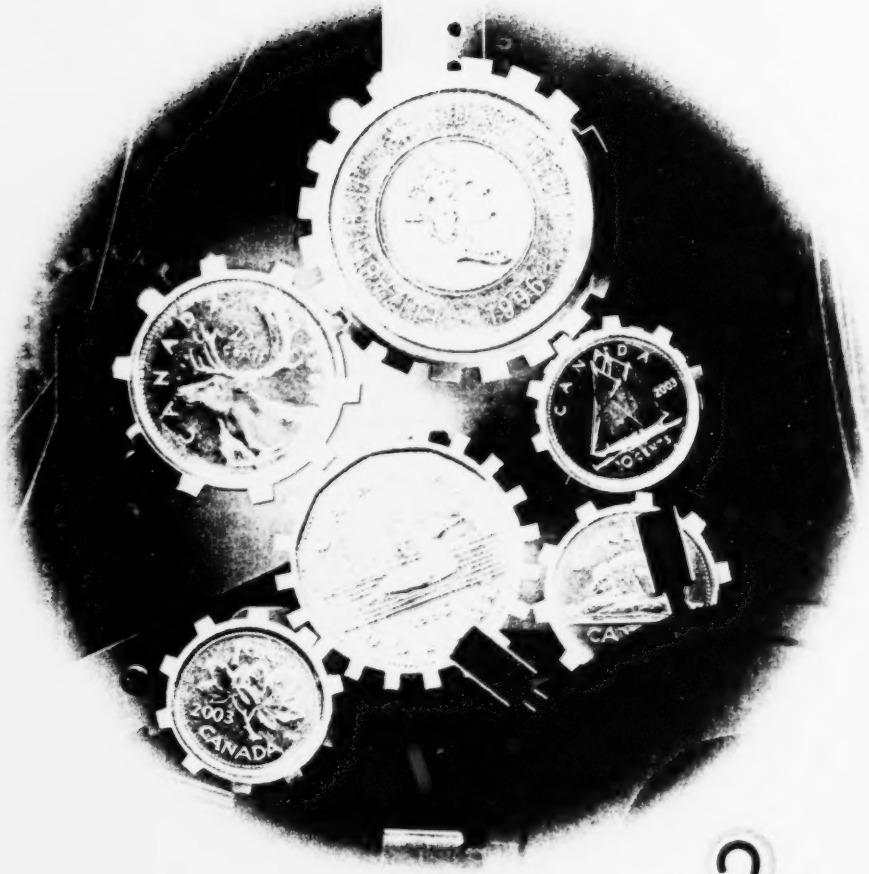
YMCF v. *406248 B.C. Ltd.* (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 359 (B.C.S.C.).

Ziegel, J.S., "Interaction of Provincial Personal Property Security Legislation and Security Interests under the Bank Act" (1986–87) 12 *Canadian Business Law Journal* 73.

Ziegel, J.S., "The Legal Problems of Wholesale Financing of Durable Goods in Canada" (1963) 41 *Canadian Bar Review* 54.

Ziegel, J.S. and Denomme, D.L., *The Ontario Personal Property Security Act: Commentary and Analysis*, 2nd ed, (Markham: Butterworths Canada, 2000).

La *Loi sur les banques* et la modernisation du droit canadien des sûretés



Commission du droit du Canada
Law Commission of Canada

La *Loi sur les banques* et la modernisation du droit canadien des sûretés

COMMISSION DU DROIT DU CANADA
LAW COMMISSION OF CANADA

On peut consulter le rapport en ligne à www.cdc.gc.ca.

Pour commander un exemplaire du rapport, veuillez vous adresser à la :

Commission du droit du Canada
222, rue Queen, pièce 1124
Ottawa (Ontario) K1A 0H8
Téléphone : (613) 946-8980
Télécopieur : (613) 946-8988
Courriel : info@cdc.gc.ca

L'illustration de la page couverture a été réalisée par George Melo.

Canada

© Sa majesté la Reine du Chef du Canada, représentée par le ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux, 2004

Nº de catalogue : J31-4/1-2004
ISBN : 0-662-68360-9

L'honorable Irwin Cotler
Ministre de la Justice et procureur général du Canada
Édifice Justice
Rue Wellington
Ottawa (Ontario)
K1A 0H8

Monsieur le Ministre,

Conformément à l'alinéa 5(1)*c)* de la *Loi sur la Commission du droit du Canada*, nous avons le plaisir de vous soumetttre le rapport de la Commission du droit du Canada sur la modernisation du droit canadien des sûretés visant la création d'un environnement juridique équitable, efficace et moins complexe relativement à l'octroi de crédit garanti.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Ministre, l'assurance de nos sentiments les plus distingués.

Nathalie Des Rosiers,
Présidente

Bernard Colas,
Commissaire

Roderick J. Wood,
Commissaire

Mark L. Stevenson,
Commissaire

Table des matières

Lettre de présentation i

Sommaire v

1. Introduction 1

2. L'importance du crédit garanti 3

3. Évolution historique du droit canadien en matière d'opérations garanties 5

4. Problèmes découlant de l'état actuel du droit 9

a. L'anachronisme de la loi 9

b. Les conflits de priorité entre les régimes fédéral et provinciaux-territoriaux 11

c. La concurrence de deux registres 16

d. La prépondérance fédérale par rapport aux objectifs législatifs provinciaux-territoriaux 17

5. Principes directeurs de la réforme du droit 23

6. Solutions possibles 25

a. Modification de la *Loi sur les banques* 25

b. Adoption d'une nouvelle loi fédérale sur les sûretés mobilières 27

c. Abrogation des dispositions de la *Loi sur les banques* 29

7. Modalités de la transition 35

Bibliographie 37

Sommaire

Le Canada a besoin d'un environnement juridique équitable, efficace et moins complexe relativement à l'octroi de crédit garanti car l'accès au crédit permet aux entreprises de financer leurs projets présents et futurs, ce qui dynamise notre économie nationale.

Le régime actuel d'opérations garanties établi en vertu des dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés remonte à 1890. Ces dispositions ont connu plusieurs modifications, mais elles n'ont jamais été modernisées complètement et avec cohérence. Depuis, chaque province et territoire canadien a adopté un régime moderne pour régir le crédit garanti. La coexistence d'un régime fédéral désuet et de régimes provinciaux et territoriaux modernes crée des incertitudes qui nuisent considérablement à l'efficacité du droit canadien en matière d'opérations garanties.

Dans le présent rapport, la Commission du droit du Canada présente un survol de l'évolution des régimes d'opérations garanties. Elle examine ensuite quatre catégories de problèmes découlant des dispositions en matière de sûreté de la *Loi sur les banques* : l'anachronisme de la loi, les conflits de priorité entre les régimes fédéral et provinciaux-territoriaux, la concurrence de deux registres et la prépondérance fédérale par rapport aux objectifs législatifs provinciaux-territoriaux.

La Commission a déterminé trois principes directeurs de la réforme des dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés.

- Premier principe : Les problèmes liés à la coexistence de deux régimes légaux de sûretés en matière de valeurs mobilières doivent être réglés, afin d'augmenter la prévisibilité des procédures et de faire en sorte que les régimes régissant le crédit garanti soient efficaces et efficients.

- Deuxième principe : Le droit fédéral en matière d'opérations garanties doit au minimum utiliser une terminologie et des

concepts compatibles avec le droit civil du Québec et la common law des autres provinces et territoires canadiens.

- Troisième principe : Le droit fédéral en matière d'opérations garanties ne doit pas aller à l'encontre des législations provinciales et territoriales en vigueur, sauf pour atteindre un objectif fédéral précis.

Ces principes sont utilisés pour évaluer les avantages et les désavantages de trois voies de solution possibles : modifier la *Loi sur les banques*, adopter une nouvelle loi fédérale sur les sûretés mobilières, ou abroger les dispositions de la *Loi sur les banques*.

Aux termes de son analyse, la Commission recommande que le Parlement élimine le régime d'opérations garanties établi en vertu de la *Loi sur les banques* en abrogeant les articles 427 à 429 de la *Loi sur les banques*. Cette solution est la plus conforme aux trois principes directeurs susmentionnés. Elle est le plus susceptible de renforcer la certitude des procédures légales en matière de sûretés et d'instituer un régime d'opérations garanties efficace.

1. Introduction

L'accès au crédit est d'une importance vitale pour l'économie canadienne. Si les entreprises devaient compter exclusivement sur leurs propres rentrées de fonds pour financer leurs projets présents et futurs, elles seraient forcées de réduire leurs activités de manière draconienne, ce qui nuirait sérieusement à leurs opérations commerciales et à l'économie en général. Les pays ayant un régime juridique qui limite l'accès au crédit pour les entreprises placent celles-ci dans une position désavantageuse face à la concurrence[1].

Les provinces et les territoires canadiens ont adopté des régimes modernes pour régir le crédit garanti. L'efficacité de ces régimes est reconnue partout dans le monde et plusieurs pays qui n'ont pas encore modernisé leur droit en matière d'opérations commerciales garanties considèrent souvent le système canadien comme un modèle à suivre. Pourtant, certains secteurs du droit canadien en matière de crédit garanti souffrent de lacunes. Selon la plupart des experts, les problèmes les plus pressants concernent les rapports entre les régimes provinciaux et territoriaux d'opérations garanties et les dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés. Les banques canadiennes peuvent détenir des sûretés provinciales ou territoriales en garantie des prêts qu'elles consentent. Elles peuvent aussi prendre une sûreté spéciale réservée aux banques et couramment appelée sûreté en vertu de l'article 427 de la *Loi sur les banques* (cette désignation a varié dans le temps avec la renumérotation des articles de la loi [2]). La coexistence de deux régimes d'opérations garanties a créé des incertitudes qui nuisent considérablement à l'efficacité du droit canadien en matière d'opérations garanties.

Le présent rapport traite de l'importance sur le plan économique de l'existence d'un régime efficace d'opérations garanties et présente un survol de l'évolution historique du droit canadien en cette matière. Ensuite, il examine les problèmes découlant de la coexistence des régimes fédéral et provinciaux-territoriaux d'opérations garanties dans les provinces et territoires de common law de même qu'au Québec, de

tradition civiliste. Le rapport suggère un ensemble de principes fondamentaux pour évaluer les diverses options de réforme et présente les forces et les faiblesses de chacune. La Commission du droit du Canada en arrive à la conclusion que les dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés doivent être abrogées. La Commission considère qu'une telle mesure permettrait de créer un environnement juridique plus efficace et moins complexe relativement à l'octroi de crédit garanti. En outre, un tel système serait plus équitable puisque les banques et les autres prêteurs seraient traités sur le même pied.

---

1 H. Fleisig, « The Power of Collateral », *Finance and Development*, vol. 33, nº 44 (1996).

2 Auparavant désignée sous les appellations « sûreté en vertu des articles 74, 88 ou 178 » de la *Loi sur les banques*. Actuellement régie par les articles 427 à 429 de la *Loi sur les banques*, *L.C.*, 1991, chap. 46.

2. L'importance du crédit garanti

Le crédit garanti est une forme efficace de financement, dans le cadre duquel un prêteur obtient un type particulier d'intérêt de propriété sur une partie ou sur la totalité des biens de l'emprunteur. Ces biens constituent la garantie du prêt. Si l'emprunteur manque à ses engagements, le prêteur est alors en droit de procéder à l'exécution forcée de sa garantie en exigeant la saisie et la vente du bien affecté en garantie. Le prêteur qui obtient une sûreté a priorité sur la plupart des autres créanciers. Pour cette raison, les prêts garantis présentent moins de risques que les prêts non garantis. Il s'ensuit que le taux d'intérêt d'un prêt garanti est inférieur à celui d'un prêt non garanti. En outre, le prêteur peut s'appuyer sur la garantie pour octroyer un crédit dans des situations plus problématiques.

Les provinces et les territoires canadiens ont mis en œuvre des régimes modernes pour régir le crédit garanti. Avant cette réforme, un créancier pouvait obtenir une sûreté sur les biens du débiteur, mais un certain nombre de problèmes faisait en sorte qu'il était difficile et coûteux d'obtenir une sûreté efficace[1]. Les nouveaux régimes d'opérations garanties ont été conçus pour faciliter le crédit garanti. Ils le font de trois façons. En premier lieu, ils permettent de réduire les coûts d'obtention et d'enregistrement d'une sûreté et, par conséquent, d'abaisser les frais généraux relatifs au crédit garanti. En deuxième lieu, les règles de priorité régissant les conflits entre les créanciers garantis et les autres créanciers qui font valoir un droit à l'égard du même bien ont été rationalisées de façon que le règlement du conflit soit plus transparent et plus facile à prévoir. (Habituellement, la priorité est établie conformément à l'ordre d'inscription dans un registre public. Ce registre permet à des tiers de connaître l'existence réelle ou potentielle d'une sûreté.) Enfin, un mécanisme législatif efficace a été mis au point pour permettre au créancier de procéder à l'exécution forcée de la garantie sur les biens visés si le débiteur ne respecte pas ses engagements.

Ces réformes législatives accordent sans conteste une grande importance à l'efficacité et à l'efficience de l'établissement du crédit garanti. D'ailleurs, les lois canadiennes ont servi de modèle dans plusieurs pays qui ont procédé à des réformes. Pourtant, il existe un secteur du droit canadien en matière d'opérations garanties qui exige une réforme urgente. Il s'agit de la question des rapports entre les régimes provinciaux et territoriaux régissant les transactions garanties et les dispositions de la *Loi sur les banques* qui prévoient qu'une banque peut détenir une sûreté fédérale sur les biens du débiteur. La coexistence de deux régimes d'opérations garanties est problématique et crée des incertitudes, lesquelles, en raison du flou qu'elles font planer sur l'issue des conflits, réduisent l'efficacité du droit canadien en matière d'opérations garanties.

> [Traduction] « Deux types fondamentaux d'opérations de prêts se sont développés sur les marchés privés : les prêts garantis et les prêts non garantis. Dans le cas d'un prêt non garanti, le prêteur doit se fier à la réputation de l'emprunteur ou compter que ce dernier remboursera le prêt en vue d'avoir accès à d'autres prêts. Dans le cas d'un prêt garanti, le prêteur détient une sûreté sur un bien qui peut être saisi et vendu si le débiteur ne respecte pas ses engagements... La possibilité d'affecter des biens en garantie a une grande importance économique. Lorsque les emprunteurs ne peuvent affecter leurs biens en garantie et ne peuvent donner en garantie les biens ou marchandises qu'ils achètent, les taux d'intérêts des emprunts tendent à être plus élevés, pour tenir compte des risques accrus du prêteur. »
>
> H. Fleisig, « The Power of Collateral », *Finance and Development*, vol. 33, nº 44 (1996).

1 J.S. Ziegel, « The Legal Problems of Wholesale Financing of Durable Goods in Canada », *Revue du Barreau canadien*, vol. 41, nº 54 (1963).

3. Évolution historique du droit canadien en matière d'opérations garanties

Pour comprendre la situation actuelle, il faut connaître l'évolution du fédéralisme canadien, ainsi que l'histoire du droit fédéral et du droit provincial et territorial en matière d'opérations commerciales garanties.

En vertu du paragraphe 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les provinces ont le pouvoir exclusif de légiférer en matière de propriété et de droits civils. Par conséquent, le droit en matière d'opérations garanties est essentiellement de compétence provinciale. Toutefois, le Parlement fédéral peut légiférer en matière d'opérations garanties conformément à différentes compétences fédérales énumérées à l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, y compris en matière de banques et d'activités bancaires. Par conséquent, le Parlement peut promulguer des lois créant un régime spécial régissant les sûretés accordées aux banques par leurs emprunteurs. En cas de conflit entre les législations provinciales ou territoriales et fédérale en vigueur, la loi fédérale a priorité en vertu de la doctrine de la prépondérance fédérale[1]. Le droit canadien actuel en matière d'opérations garanties découle de ce cadre constitutionnel.

À l'origine, le droit bancaire canadien interdisait aux banques de prendre des sûretés provinciales sur des biens personnels en garantie de prêts, conformément à la pratique alors en usage de limiter au court terme les activités d'octroi de crédit des banques. Toutefois, le développement de l'économie canadienne devait sans tarder créer une demande quasi insatiable de prêts à long terme. En 1890, le Parlement incluait dans la *Loi sur les banques* des dispositions permettant aux banques de consentir des prêts à certaines classes d'emprunteurs moyennant une garantie prise sur des catégories particulières de biens. Au début, seuls étaient admissibles les fabricants de produits en gros et les acheteurs en gros de produits du secteur primaire. Ensuite, le champ d'application de la loi a été élargi aux agriculteurs, aux pêcheurs, aux aquaculteurs et aux détaillants, en réaction, surtout, aux pressions exercées par les entrepreneurs œuvrant dans ces secteurs d'activité qui désiraient affecter leurs biens en garantie de prêts bancaires[2].

En 1923, la *Loi sur les banques* a établi un régime d'enregistrement afin de permettre à des tiers de vérifier si une banque avait pris une sûreté sur les biens de l'emprunteur. Le régime prévoyait que les sûretés non enregistrées devenaient sans effet à l'égard de certains tiers ultérieurs, comme des acheteurs ou d'autres créanciers garantis[3]. La *Loi sur les banques* énonçait aussi des règles relatives aux mesures d'exécution que le créancier garanti pouvait prendre en cas de défaut du débiteur, ainsi que d'autres règles relatives à d'autres aspects de la garantie[4].

En 1967, les dispositions qui interdisaient aux banques de détenir des sûretés provinciales ou territoriales sur des biens personnels ont été abrogées. Toutefois, à bien des égards, la sûreté acquise en vertu de la *Loi sur les banques* constituait un meilleur instrument de garantie. Le droit provincial et territorial en matière d'opérations garanties n'avait pas encore été modernisé et, en raison de diverses lacunes dans les lois provinciales et territoriales, il était difficile pour le créancier garanti d'obtenir une sûreté. Par exemple, les régimes provinciaux et territoriaux d'enregistrement exigeaient l'enregistrement du document de garantie, tandis que la *Loi sur les banques* prévoyait un système plus flexible en vertu duquel un simple avis consigné dans les registres fédéraux suffisait. La coexistence de deux régimes différents de sûretés ne semblait pas alors poser problème. On considérait comme normale l'obligation d'effectuer plusieurs recherches avant de prendre des biens personnels en garantie. L'idée d'un seul régime d'enregistrement pour toutes les sûretés ne s'était pas encore imposée dans le droit provincial et territorial en matière d'opérations garanties, de sorte que les recherches multiples étaient la norme. La situation au Québec, de tradition civiliste, était plus complexe, mais dans les provinces et territoires de common law, le règlement des conflits de priorité n'était pas trop problématique puisqu'on établissait la priorité conformément aux principes fondamentaux de la législation existante sur les biens. Plusieurs caractéristiques innovatrices ont été ajoutées à la sûreté constituée en vertu de la *Loi sur les banques* et on reconnaissait généralement que les avantages étaient supérieurs aux inconvénients découlant de la coexistence d'un régime fédéral et de régimes provinciaux et territoriaux[5].

Toutefois, la modernisation par les provinces et les territoires de leur régime d'opérations garanties devait entraîner un certain nombre de

difficultés. Dans une large mesure, les nouveaux régimes provinciaux et territoriaux étaient des codes indépendants qui énonçaient la plupart des règles essentielles relatives à la création des sûretés mobilières, à la définition des priorités et à l'exécution des garanties. La coexistence du régime créé par la *Loi sur les banques* et des nouveaux régimes provinciaux et territoriaux devait susciter des problèmes d'une extraordinaire complexité.

> [Traduction] « Il est clair que les méthodes traditionnelles de la common law ne sont pas en mesure d'éliminer rapidement les incompatibilités entre la sûreté accordée en vertu de l'article 178 (devenu l'article 427) de la *Loi sur les banques*, les sûretés prévues par les lois provinciales sur les sûretés mobilières, et les autres intérêts concurrents au sein d'un secteur du droit qui devient de plus en plus complexe. La sûreté créée en vertu de la *Loi sur les banques* avait été conçue au départ dans un contexte plus simple et pour des industries extractives qui présentaient peu de conflits en matière de sûretés. Presque tous les tribunaux et les universitaires qui se sont penchés sur la question depuis dix ans ont insisté sur la nécessité d'une collaboration fédérale-provinciale et d'une réforme législative qui pourraient éliminer les incompatibilités entre la *Loi sur les banques* et les différentes lois sur les sûretés mobilières. »
>
> B. Crawford, « Must a Bank Comply with Provincial Legislation when Enforcing a *Bank Act* Security Interest: *Bank of Montreal v. Hall* », *Revue du Barreau canadien*, vol. 70, nº 142 (1991), p. 156.

---

1 *Multiple Access Ltd.* c. *McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Tennant* c. *Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Banque de Montréal* c. *Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.

2 R.H. Anstie, « The Historical Development of Pledge Lending in Canada », *Canadian Banker*, vol. 74, nº II (1967), p. 81.

3 Canada, *Loi sur les banques*, alinéa 427(4)*a)*.

4 Pour une description détaillée de ces règles et d'autres aspects de la sûreté établie en vertu de la *Loi sur les banques*, voir B. Crawford et J.D. Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, 8e éd., Toronto, Canada Law Book, 1986, pp. 403-462; W.D. Moull, « Security Under Sections 177 and 178 of the *Bank Act* », *Revue du Barreau canadien*, vol. 65, nº 242 (1986).

5 R.J. Wood, « The Nature and Definition of Federal Security Interests », *Revue canadienne du droit de commerce*, vol. 34, nº 65 (2000), pp. 71-73.

4. Problèmes découlant de l'état actuel du droit

Quatre catégories de problèmes découlant des dispositions en matière de sûretés de la *Loi sur les banques* nuisent considérablement à l'efficacité et à l'efficience de la législation canadienne sur les opérations garanties, soit : l'anachronisme de la loi, les conflits de priorité entre les régimes fédéral et provinciaux-territoriaux, la concurrence de deux registres et la prépondérance fédérale par rapport aux objectifs législatifs provinciaux.

a. L'anachronisme de la loi

Certains problèmes découlent du fait que les dispositions originales de la *Loi sur les banques* en matière de sûretés remontent aux années 1890. Ces dispositions ont connu plusieurs modifications, mais elles n'ont jamais été modernisées ou rationalisées de façon à ce que soient éliminés certains de leurs aspects les plus archaïques. L'obsolescence de la loi entraîne des problèmes de deux ordres. Le premier concerne l'incertitude juridique engendrée par la terminologie et les concepts

> [Traduction] « Au cours de la période de plus de cent ans où elles ont été en vigueur, les dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés ont été modifiées de manière désordonnée, en réaction surtout à des décisions judiciaires ou aux pressions de différents groupes, plutôt qu'en tenant compte des principes établis du droit commercial. Il s'ensuit que l'article 178 (devenu l'article 427) et les dispositions connexes de la *Loi sur les banques*, récemment revue, constituent un ensemble incohérent et souvent obscur de clauses dont le sens défie fréquemment la logique. »
>
> J.S. Ziegel, « Interaction of Provincial Personal Property Security Legislation and Security Interests under the *Bank Act* », *Revue canadienne du droit de commerce*, vol. 12, nº 73 (1986-1987), p. 80.

archaïques utilisés dans le texte de loi. Le deuxième est le recul progressif de l'utilisation de la sûreté fédérale, qui ne procure pas une garantie efficace et complète.

Le libellé des dispositions de la *Loi sur les banques* est souvent obscur. Ainsi, la banque obtient un « privilège de premier rang » sur certaines catégories de biens affectés en garantie, mais ne l'obtient pas sur d'autres catégories[1]. Les dispositions énonçant qu'une sûreté a priorité sur le privilège d'un vendeur impayé constituent un autre exemple de libellé obscur[2]. L'efficacité de ces dispositions fait l'objet de vifs débats[3]. Ces controverses accroissent l'incertitude juridique liée à l'utilisation de la sûreté prévue par la *Loi sur les banques* puisque les litiges ne peuvent être tranchés qu'au moyen de poursuites en justice coûteuses. Dans ces conditions, les parties commerciales mises en cause ne peuvent prévoir l'issue des procédures ni évaluer objectivement les risques.

Un autre problème lié au manque de clarté des dispositions fédérales concerne la « fiction du titre de propriété ». Une banque qui détient une sûreté en vertu de la *Loi sur les banques* a les mêmes droits et pouvoirs que si elle avait acquis un récépissé d'entrepôt ou un connaissement visant ces biens[4]. Dans les provinces et les territoires de common law, ce droit équivaut à un « common law mortgage » [hypothèque en common law]. Le titre en common law est transféré à la banque, mais le débiteur conserve un droit de propriété sur le bien sous forme d'un droit de rachat. Dans les provinces et territoires de common law, le fait que la banque soit propriétaire du bien affecté en garantie ne cause généralement pas de problèmes de qualification. Ce n'est pas le cas au

> « ... je suis néanmoins d'avis que l'intention du législateur était bel et bien, et malgré la totale incongruité et le manque de rationalité d'une telle décision en regard de la notion civiliste de droit de propriété, d'effectuer un véritable transfert du droit de propriété. »
>
> Juge Baudouin, *Bérard c. Cie Montréal Trust*, [1997] A.Q. nº 82 (C.A.Q.), paragr. 66.

Québec, le concept de propriété en droit civil étant unitaire. Si la banque est propriétaire du bien, le débiteur ne peut en être aussi considéré comme le propriétaire. Il doit être considéré comme la personne qui détient la propriété au nom de la banque. Le droit de propriété de la banque n'est toutefois pas illimité. Cette dernière doit en effet remettre la propriété au débiteur après acquittement de l'obligation et le débiteur a le droit de garder la propriété pourvu qu'il respecte ses engagements. Malheureusement, cette approche est totalement étrangère au concept de propriété dans le droit civil et constitue une source importante d'incohérence et d'irrationalité pour celui-ci[5].

En plus des incertitudes créées par le caractère archaïque du texte législatif, plusieurs caractéristiques de la sûreté accordée en vertu de la *Loi sur les banques* font qu'elle ne constitue pas un instrument de choix aux yeux des prêteurs. Par exemple, cette sûreté ne peut être accordée par les banques qu'à certaines catégories d'emprunteurs et qu'à l'égard de certaines catégories de biens[6]. À la différence des sûretés provinciales ou territoriales, la sûreté accordée en vertu de la *Loi sur les banques* ne vise pas tous les biens personnels présents et futurs du débiteur. En plus, cette sûreté ne peut s'appliquer qu'à certains types d'obligations. Ainsi, on ne peut accorder une sûreté en vertu de la *Loi sur les banques* à l'égard d'une dette antérieure[7]. Les voies de recours ne sont pas aussi complètes puisque les dispositions de la *Loi sur les banques* n'autorisent pas la banque à nommer un administrateur-séquestre si l'emprunteur fait défaut. Pour toutes ces raisons, les banques considèrent rarement la sûreté prévue par la *Loi sur les banques* comme leur instrument de garantie de prédilection. Elles n'y recourent qu'à titre de mesure de réserve, en cas de problèmes avec la sûreté provinciale ou territoriale. Comme on le précisera plus loin, cette double procédure crée un certain nombre de difficultés juridiques.

b. Les conflits de priorité entre les régimes fédéral et provinciaux-territoriaux

Le principal problème lié à la coexistence de deux régimes d'opérations garanties concerne l'incertitude juridique entourant un conflit de priorité entre une sûreté accordée en vertu de la *Loi sur les*

banques et une sûreté provinciale ou territoriale. La chose se produit lorsqu'un emprunteur donne le même bien en garantie à une banque en vertu de la *Loi sur les banques* et à un autre créancier en vertu d'un régime provincial ou territorial. La *Loi sur les banques* et les dispositions législatives provinciales et territoriales relatives aux sûretés mobilières ne contiennent pas de règles détaillées concernant le règlement des conflits de priorité entre une sûreté accordée en vertu de la *Loi sur les banques* et une sûreté provinciale ou territoriale. L'absence de compatibilité entre les législations fédérale et provinciales-territoriales a créé une multitude de problèmes et un niveau intolérable d'incertitude juridique. En outre, la nature du problème et la méthode d'analyse diffèrent considérablement selon que la sûreté est enregistrée dans une province ou un territoire de common law ou au Québec.

Cette incompatibilité cause au moins quatre problèmes de priorité différents dans les provinces et territoires de common law. Le premier concerne l'état d'une sûreté provinciale ou territoriale non validée ou non enregistrée qui est en conflit de priorité avec une sûreté établie en vertu de la *Loi sur les banques*. Le règlement d'un conflit de priorité entre une sûreté accordée en vertu de la *Loi sur les banques* et une

> [Traduction] « Il faut reconnaître que le droit fédéral en matière d'opérations garanties est dans un état lamentable. De nombreux juges et universitaires ont critiqué le libellé obscur de la *Loi sur les banques*. Bien que la jurisprudence ait aidé à prévoir le règlement des conflits de priorité entre une sûreté constituée en vertu de la *Loi sur les banques* et une sûreté établie en vertu des lois sur les sûretés mobilières, la situation est inadmissible sur le plan commercial. Elle contrevient à une règle fondamentale du droit moderne des sûretés mobilières qui veut que les tiers puissent être en mesure de découvrir l'existence d'une sûreté. »
>
> R.J. Wood, « The Nature and Definition of Federal Security Interests », *Revue canadienne du droit de commerce*, vol. 34, nº 65 (2000), p. 107.

sûreté provinciale ou territoriale se fonde habituellement sur l'ordre de création de celles-ci. La sûreté constituée en vertu de la *Loi sur les banques* ne concerne que les droits du débiteur sur le bien. Par conséquent, une sûreté provinciale ou territoriale a priorité sur une sûreté établie ultérieurement en vertu de la *Loi sur les banques.* La *Loi sur les banques* énonce qu'une sûreté constituée en vertu de la *Loi sur les banques* a priorité sur toute autre sûreté ultérieure. Par conséquent, une sûreté établie en vertu de la *Loi sur les banques* a priorité sur toute autre sûreté provinciale ou territoriale ultérieure. Toutefois, le défaut d'enregistrer une sûreté en vertu de la *Loi sur les banques* lui fait perdre sa priorité, ce qui n'est pas le cas pour une sûreté provinciale ou territoriale qui n'a pas été enregistrée ni par ailleurs validée[8]. Le résultat est inadmissible sur le plan commercial puisque la banque n'a aucun moyen de déterminer l'existence d'une sûreté non enregistrée. Le problème n'existe pas au Québec, où toute hypothèque doit être enregistrée pour être valide[9].

Le deuxième problème concerne l'établissement des priorités pour les sûretés en garantie du prix d'acquisition constituées en vertu des lois provinciales et territoriales. Les régimes provinciaux et territoriaux d'opérations garanties, dans leur version réformée, prévoient qu'un contrat de garantie peut inclure automatiquement les biens acquis ultérieurement par le débiteur. Le créancier garanti a alors priorité sur toute autre sûreté ultérieure à condition que sa sûreté soit enregistrée en bonne et due forme. La loi prévoit une exception dans le cas où un créancier garanti ultérieur octroierait un crédit pour permettre au débiteur d'acheter un nouveau bien. Ce type de transaction est appelé sûreté en garantie du prix d'acquisition. Il est fréquent en effet qu'un vendeur octroie un crédit et prenne une sûreté sur les biens vendus afin de se constituer une garantie à l'égard du montant impayé. Dans d'autres situations, le prêteur peut avancer des fonds pour permettre au débiteur d'acheter un nouveau bien. Pourvu que certaines exigences procédurales soient respectées, le détenteur de la sûreté en garantie du prix d'acquisition a priorité même s'il n'a pas été le premier créancier à enregistrer la garantie. Pour cette raison, on dit parfois que la loi crée une superpriorité en faveur de la sûreté en garantie du prix d'acquisition.

La priorité d'une sûreté provinciale ou territoriale en garantie du prix d'acquisition n'est reconnue que partiellement lorsqu'elle vient en conflit avec une sûreté établie en vertu de la *Loi sur les banques* et incluant automatiquement les biens acquis ultérieurement par le débiteur. La sûreté en garantie du prix d'acquisition que détient un vendeur a priorité sur la sûreté constituée en vertu de la *Loi sur les banques*[10], mais la banque a priorité lorsque la sûreté en garantie du prix d'acquisition est détenue par un prêteur[11]. Ce détail peut être lourd de conséquences pour le prêteur qui détient une créance sujette à une sûreté en garantie du prix d'acquisition. En effet, si la sûreté antérieure a été constituée en vertu de la *Loi sur les banques*, le prêteur perdra la priorité qu'il croyait avoir sur les autres prêteurs, priorité qui justifiait l'octroi du prêt.

Le troisième problème, étroitement lié au précédent, concerne les sûretés constituées sur la production. Les lois provinciales et territoriales sur les sûretés mobilières prévoient qu'une sûreté sur les récoltes constituée en vue de permettre au débiteur de cultiver ou de récolter des produits agricoles a priorité sur une autre sûreté grevant le même bien. En outre, la plupart des provinces et des territoires prévoient un droit de priorité similaire à l'égard des animaux lorsque le crédit octroyé permet au débiteur d'acheter de la nourriture, des médicaments ou des hormones pour les animaux. Bien que les sûretés constituées sur la production aient priorité sur les sûretés provinciales et territoriales antérieures constituées sur les récoltes ou les animaux, tel n'est pas le cas si le créancier garanti antérieur est une banque qui détient une sûreté en vertu de la *Loi sur les banques*. Dans un tel cas, la superpriorité relative à la sûreté constituée sur la production ne s'applique pas[12]. La banque a priorité en vertu de la règle de priorité habituelle fondée sur l'ordre d'enregistrement. Par conséquent, la valeur de la priorité conférée à la sûreté constituée sur la production est considérablement affaiblie et les producteurs agricoles et les aquaculteurs éprouvent des difficultés à obtenir du financement pour acheter des produits destinés à la production.

Le quatrième problème concerne la réclamation d'une banque sur le produit de la vente d'un bien grevé d'une sûreté établie en vertu de la *Loi sur les banques*. À la différence des lois provinciales et

territoriales sur les sûretés mobilières, la *Loi sur les banques* ne prévoit pas l'application de la sûreté au produit d'une vente. Généralement, les banques insèrent dans les contrats de garantie une clause exigeant que le débiteur détienne le produit de la vente en fiducie au nom de la banque. Il s'ensuit alors une double incertitude quant à l'application des lois provinciales et territoriales sur toute réclamation faite par une banque sur le produit d'une vente et quant aux règles de priorité régissant le règlement d'un conflit entre la réclamation d'une banque sur le produit d'une vente et celle d'un créancier garanti qui détient une sûreté provinciale ou territoriale sur le même bien[13].

Les problèmes et l'analyse sont différents lorsque le conflit concerne une sûreté constituée en vertu de la *Loi sur les banques* dans le contexte civiliste du Québec. L'absence de compatibilité entre les systèmes fédéral et provincial a engendré de l'incertitude dans au moins trois situations[14]. Le premier problème concerne le droit de résolution accordé à un vendeur impayé et qui permet à ce dernier d'annuler le contrat de vente. L'exercice de ce droit a généralement pour effet de retourner rétroactivement le titre de propriété au vendeur. Or, il n'est pas certain que ce droit puisse être exercé sur un bien grevé d'une sûreté constituée en vertu de la *Loi sur les banques*. Le deuxième problème concerne l'incompatibilité des dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés en cas de conflit au sujet d'une hypothèque mobilière. Puisque le créancier peut exercer ses droits hypothécaires seulement après l'enregistrement de l'hypothèque, une sûreté établie en vertu de la *Loi sur les banques* aura priorité sur une hypothèque ultérieure, ce qui vient en contradiction avec la loi provinciale qui donne priorité à un vendeur qui enregistre l'hypothèque dans un délai de quinze jours à partir de la date de la vente. Le troisième problème concerne des biens acquis ultérieurement par un débiteur. Les dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés et le Code civil permettent à un prêteur d'inclure dans le contrat de garantie un bien acquis ultérieurement par le débiteur. Le règlement d'un conflit de priorité entre un créancier hypothécaire et une banque qui réclament le même bien est difficile à prévoir.

Un autre problème touche à la fois le Québec et les provinces et territoires de common law : c'est celui de la double documentation. Il

y a double documentation lorsqu'une banque reçoit à la fois une sûreté établie en vertu de la *Loi sur les banques* et une sûreté provinciale ou territoriale sur le même bien pour garantir la même obligation. Il s'agit ici de déterminer si la banque doit choisir la sûreté sur laquelle elle désire se fonder ou si elle peut faire valoir une des sûretés (par exemple, celle constituée en vertu de la *Loi sur les banques*) contre une partie et l'autre sûreté contre une autre partie. Au Québec, on considère que le concept de propriété de la banque est clair au point qu'une double documentation n'est pas envisageable, mais les tribunaux n'ont pas encore tranché la question. Certaines décisions rendues dans les provinces et territoires de common law donnent à penser que la banque doit effectuer un choix définitif[15], tandis que d'autres laissent croire que la banque peut choisir à son gré[16]. La Saskatchewan est la seule province de common law qui a fixé des balises en cette matière. La loi de la Saskatchewan stipule qu'une sûreté sur des biens affectés en garantie est sans effet dans la mesure où elle garantit le paiement ou l'exécution d'une obligation qui est également garantie par une sûreté établie en vertu de la *Loi sur les banques*[17]. Par conséquent, le recours à des contrats de garantie qui se chevauchent entraîne la non-application de la loi provinciale sur les sûretés mobilières pour tout bien affecté en garantie et sur lequel une banque détient une sûreté en vertu de la *Loi sur les banques.*

c. La concurrence de deux registres

L'établissement d'un régime d'enregistrement unique et l'élaboration de principes cohérents régissant l'enregistrement de tous les contrats de garantie est l'une des modifications principales apportées aux lois sur les sûretés mobilières dans les provinces et territoires régis par la common law. Avant la réforme, les provinces et les territoires possédaient des régimes d'enregistrement distincts pour chaque type de contrat de garantie. En outre, les règles régissant la durée et le renouvellement de l'enregistrement, ainsi que les conséquences du non-enregistrement de la sûreté, étaient souvent différentes selon le type de contrat de garantie utilisé. Le régime d'enregistrement unique a simplifié la procédure pour les parties qui veulent vérifier si le bien qu'elles désirent acquérir est

grevé d'une sûreté. Dorénavant, on peut obtenir toute l'information pertinente en consultant un registre unique.

La coexistence des dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés et des régimes provinciaux et territoriaux sur les sûretés vient contrarier les buts visés par la création d'un seul régime. En effet, chaque fois que les biens donnés en garantie peuvent être grevés d'une sûreté en vertu de la *Loi sur les banques*, il faut effectuer des recherches dans les registres provinciaux-territoriaux et fédéral. Ces recherches multiples font grimper les frais. Au cours des quatre dernières années, les frais de recherche dans les registres ont dépassé en moyenne un million de dollars par an[18]. Souvent, les recherches sont effectuées par des entreprises privées spécialisées dans la recherche et l'enregistrement. On peut donc penser que les frais réels encourus par les parties concernées sont nettement supérieurs au montant susmentionné.

Aux coûts directs représentés par les recherches multiples s'ajoutent des coûts accessoires. L'existence de deux régimes d'enregistrement régis par différents règlements augmente les possibilités d'erreurs. Ainsi, l'auteur d'une recherche peut ne pas se rendre compte que le bien affecté en garantie est visé par une sûreté accordée en vertu de la *Loi sur les banques* et négliger d'effectuer une recherche dans le registre fédéral; il peut également se tromper de bureau d'enregistrement[19]. Enfin, les recherches dans le registre fédéral sont plus compliquées lorsqu'il y a eu changement de nom ou transfert à une autre personne du bien affecté en garantie.

d. La prépondérance fédérale par rapport aux objectifs législatifs provinciaux-territoriaux

Dans plusieurs cas, l'approche adoptée par la législation fédérale va à l'encontre des objectifs visés par les lois provinciales et territoriales. Les dispositions provinciales et territoriales qui restreignent les recours que peut prendre un créancier garanti contre un débiteur en défaut sont un bon exemple à ce titre.

Les dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés prévoient diverses mesures d'exécution de la garantie en cas de défaut[20]. La banque a le droit de saisir les biens et de les vendre. Ces droits

peuvent s'ajouter à d'autres droits contractuels que le débiteur peut avoir concédés à la banque. Lorsque la banque exerce ces droits, elle est soumise à un certain nombre d'obligations : elle doit agir honnêtement et de bonne foi, et effectuer la vente en temps opportun et de façon indiquée compte tenu de la nature des biens et des intérêts du débiteur, en donnant à celui-ci un avis raisonnable. La *Loi sur les banques* ne permet pas à une institution bancaire de nommer un administrateur-séquestre et cette lacune, ainsi que l'impossibilité d'obtenir une sûreté universelle sur tous les biens présents et futurs du débiteur, explique pourquoi les sûretés obtenues en vertu de la *Loi sur les banques* sont généralement perçues comme des garanties de deuxième ordre.

Il existe cependant une situation où la sûreté acquise en vertu de la *Loi sur les banques* offre aux banques un avantage que ne leur donne pas la législation provinciale ou territoriale. Cet avantage tient au fait que les provinces et territoires imposent certaines restrictions aux recours que peuvent exercer les créanciers garantis dans certains cas précis. Généralement, ces restrictions concernent les opérations garanties de crédit à la consommation. Par exemple, dans certaines provinces, un créancier garanti ne peut intenter une poursuite en justice pour recouvrer un montant impayé après que le bien affecté en garantie a été vendu dans le cadre de mesures d'exécution. Dans d'autres provinces, on ne peut saisir certaines catégories de biens dont le débiteur a besoin pour gagner un revenu. Puisqu'une sûreté en vertu de la *Loi sur les banques* ne peut être accordée pour une opération de crédit à la consommation, ce genre de situation ne pose aucun problème. Toutefois, lorsque les restrictions s'appliquent à des entreprises ou des exploitations agricoles, les dispositions législatives fédérales et provinciales-territoriales risquent d'entrer en conflit. C'est le cas en Saskatchewan, puisque cette province, plus que toute autre, restreint les mesures d'exécution dont peuvent se prévaloir les créanciers garantis à l'égard des exploitations agricoles.

La *Loi sur les banques* stipule qu'une banque a le droit de saisir et de vendre le bien affecté en garantie si le débiteur ne respecte pas ses engagements. Les dispositions législatives sur la protection du territoire agricole de la Saskatchewan énoncent, quant à elles, qu'un créancier garanti ne peut faire exécuter sa sûreté contre le bien affecté

en garantie. Il y a donc, en l'occurrence, incompatibilité d'application évidente entre les dispositions législatives fédérales et provinciales. Ce conflit se règle par l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale en vertu de laquelle les dispositions législatives fédérales ont priorité sur les dispositions législatives provinciales et territoriales[21]. En conséquence, en Saskatchewan, les dispositions législatives sur la protection du territoire agricole sont opérationnelles pour les créanciers non bancaires seulement – comme les coopératives de crédit – et dans les cas où la banque préfère signer un contrat de garantie en vertu de la loi provinciale plutôt que de prendre une sûreté en vertu de la *Loi sur les banques*. Toutefois, une banque qui détient une sûreté en vertu de la *Loi sur les banques* n'est pas assujettie aux restrictions provinciales relativement aux mesures d'exécution.

> [Traduction] « Il est fort possible que les banques se retrouveraient dans un régime beaucoup plus restrictif si elles étaient assujetties à la législation provinciale... Une telle situation n'est pas nécessairement gênante pour quiconque, sauf pour les banques et leurs actionnaires. L'objectif des règles juridiques est de trouver un équilibre concret et équitable entre les droits des emprunteurs et ceux des prêteurs. C'est le Parlement qui doit déterminer cet équilibre. Si la balance penche trop du côté des emprunteurs, les prêteurs ont toujours la possibilité de refuser le crédit. Toutefois, l'utilisation exagérée d'un tel pouvoir obligerait le gouvernement à modifier les lois puisque les emprunteurs sont pénalisés lorsqu'ils ne peuvent avoir accès au crédit. »
>
> R.C.C. Cuming, « The Position Paper on Revised *Bank Act* Security: Rehabilitation of Canadian Personal Property Security Law or Curing the Illness by Killing the Patient », *Revue canadienne du droit de commerce*, vol. 20, nº 336 (1992), pp. 344-345.

La prépondérance de la législation fédérale sur les législations provinciales et territoriales porte également atteinte aux objectifs législatifs d'autres provinces ou territoires. Ainsi, les lois de l'Alberta

imposent des restrictions aux mesures d'exécution extrajudiciaires des créanciers et des bailleurs garantis[22]. Toute saisie ou reprise de possession d'un bien personnel par un créancier garanti doit être effectuée par un huissier de justice, cautionné et certifié. En vertu de la doctrine de la prépondérance fédérale, cette restriction ne s'applique toutefois pas aux banques. Celles-ci peuvent donc recourir aux services de huissiers privés pour saisir un bien, ce qui est interdit à tout autre créancier garanti en Alberta[23].

---

1 Canada, *Loi sur les banques*, alinéa 427(2)*d)*.

2 Canada, *Loi sur les banques*, paragr. 428(2).

3 B. Crawford et J.D. Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, vol. 1, 8e éd., Toronto, Canada Law Book, 1986, pp. 446-448; J.S. Ziegel, « Interaction of Provincial Personal Property Security Legislation and Security Interests under the *Bank Act* », *Revue canadienne du droit de commerce*, vol. 12, nº 73 (1986-1987), pp. 84-88; R.C.C. Cuming et R.J. Wood, « Compatibility of Federal and Provincial Personal Property Security Law », *Revue du Barreau canadien*, vol. 65, nº 267 (1986), pp. 273-274.

4 Canada, *Loi sur les banques*, alinéa 427(2)*c)*.

5 R.A. Macdonald, « Security Under Section 178 of the *Bank Act* : A Civil Law Analysis », *Revue du Barreau*, vol. 43, nº 1008 (1983).

6 Canada, *Loi sur les banques*, paragr. 427(1).

7 Canada, *Loi sur les banques*, paragr. 429(1).

8 *Rogerson Lumber Co. Ltd. c. Four Seasons Chalet Ltd.*, [1980] 113 *D.LR.* (3d) 671; *Banque de Nouvelle-Écosse c. International Harvester Credit Corp. of Canada Ltd.*, [1990] 74 *R.J.O.* (2e) 738 (C.A.).

9 P. Ciotola, *Droit des sûretés*, 3e éd., Montréal, Thémis, 1999, p. 359.

10 *Kawai Canada Music Ltd.* c. *Encore Music Ltd.*, [1993] 10 *Alta. L.R.* (3d) 105 (C.A.); *YMCF* c. 406248 *B.C. Ltd.*, [1998] 52 *B.C.L.R.* (3d) 359 (B.C.S.C.).

11 *Banque royale du Canada* c. *Moosomin Credit Union*, [2003] *S.J.* 749 (C.A.).

12 *United Grain Growers Ltd.* c. *Banque royale du Canada*, [2001] 6 *W.W.R.* 677 (C.A. Sask.).

13 R.C.C. Cuming et R.J. Wood, « Compatibility of Federal and Provincial Personal Property Security Law », *Revue du Barreau canadien*, vol. 65, nº 267 (1986), pp. 292-301; J.S. Ziegel et D.L. Denomme, *The Ontario Personal Property Security Act: Commentary and Analysis*, 2e éd., Markham, Butterworths, 2000, pp. 52-55.

14 M. Poirier, *Security under Section 427 of the* Bank Act *and Provincial Law: Interaction, Harmonization and Reform* [rapport non publié fourni par l'auteur et archivé à la Commission du droit du Canada], pp. 94-99.

15 *Kassian c. Banque nationale du Canada*, [1998] 61 *Alta. L.R.* (3d) 92 (Q.B.).

16 *Banque de Nouvelle-Écosse* c. *International Harvester Credit Corp. of Canada Ltd.*, [1990] 74 *R.J.O.* (2e) 738 (C.A.).

17 Saskatchewan, *S.S. 1993*, chap. P-6.2, paragr. 9(2).

18 Poirier, *op.cit.* note 14, Annexe B.

19 En vertu de la loi provinciale, une sûreté constituée sur des marchandises doit être enregistrée dans le lieu où se trouve le bien affecté en garantie (sauf dans le cas de certains types de biens mobiles). En vertu de la *Loi sur les banques*, la sûreté doit être enregistrée dans le lieu où se trouve le débiteur.

20 Canada, *Loi sur les banques*, paragr. 428(7)-(11).

21 *Banque de Montréal* c. *Hall*, [1990] 1 *R.C.S.* 121; *Kovlaske* c. *Banque impériale canadienne de commerce*, [2002] 39 *C.B.R.* (4th) 43 (Sask. Q.B.).

22 Alberta, *Civil Enforcement Act*, *R.S.A.*, 2000, chap. 15, paragr. 9(3).

23 *Banque canadienne impériale de commerce c. Sledz*, [1991] 1 *W.W.R.* 42 (Alta. Q.B.).

5. Principes directeurs de la réforme du droit

La Commission considère que le droit canadien des sûretés, dans sa forme actuelle, présente des lacunes importantes et doit être réformé. Avant d'énoncer les différentes voies de solution envisageables, il convient toutefois de préciser les principes qui serviront de base à l'évaluation des avantages et des coûts de chaque proposition. Dans un premier temps, la réforme devrait viser à faciliter le recours au crédit garanti par une législation qui soit efficace et efficiente. Deux conditions sont essentielles à cet égard. La première est la certitude juridique. Les parties doivent pouvoir, de manière raisonnable, connaître leur position juridique à l'avance et être en mesure de prévoir l'issue du processus dans lequel elles s'engagent sans avoir à entreprendre des actions en justice longues et coûteuses. La deuxième suppose que le cadre législatif soit structuré de façon à réduire le coût des opérations garanties et à faciliter ainsi l'accès au crédit pour les entreprises.

> [Traduction] « Le meilleur moyen de parvenir à un bon équilibre entre l'uniformisation à l'échelle nationale du droit commercial et la diversité régionale est d'amener le Parlement à faire un choix clair… Si le Parlement décide que ces initiatives provinciales ne vont pas dans le sens de sa politique économique en matière de sanctions et de faillites, il doit exercer sa compétence constitutionnelle afin de définir clairement le régime légal qu'il désire adopter. Toutefois, ce régime devrait se fonder sur des principes économiques sains et des techniques juridiques soigneusement élaborées qui prennent en considération le caractère bijuridique du droit privé canadien. »
>
> R.A. Macdonald, « Provincial Law and Federal Commercial Law: Is 'Atomic Slipper' a New Beginning? », *Banking & Finance Law Review*, vol. 7, nº 436 (1991-1992), p. 451.

Le deuxième principe à respecter est que tout projet de loi doit être compatible avec les régimes d'opérations garanties de la common law et du droit civil. Les dispositions législatives fédérales actuelles sont inadéquates dans la mesure où elles utilisent des concepts incompatibles avec le droit civil du Québec et ne concordent pas avec les nouvelles lois sur les sûretés mobilières adoptées dans les provinces et les territoires de common law. Il est essentiel que la législation fédérale soit compatible avec les deux traditions juridiques du pays.

Le troisième principe est que la loi fédérale ne doit pas aller à l'encontre des législations provinciales et territoriales en vigueur, sauf pour réaliser un objectif fédéral précis. Comme la mise en œuvre de la doctrine de la prépondérance fédérale peut porter atteinte aux lois provinciales et territoriales en vigueur, il faut aménager la législation fédérale de façon que cette théorie n'ait pas à être invoquée, sauf si un objectif fédéral clairement défini ne peut être réalisé autrement.

Les trois principes directeurs de la réforme du droit

Premier principe

Les problèmes liés à la coexistence de deux régimes légaux de sûretés en matière de valeurs mobilières doivent être réglés, afin d'augmenter la prévisibilité des procédures et de faire en sorte que les régimes régissant le crédit garanti soient efficaces et efficients.

Deuxième principe

Le droit fédéral en matière d'opérations garanties doit au minimum utiliser une terminologie et des concepts compatibles avec le droit civil du Québec et la common law des autres provinces et territoires canadiens.

Troisième principe

Le droit fédéral en matière d'opérations garanties ne doit pas aller à l'encontre des législations provinciales et territoriales en vigueur, sauf pour atteindre un objectif fédéral précis.

6. Solutions possibles

La Commission propose trois voies de solution possibles. La première consiste à conserver le régime de sûretés créé en vertu de la *Loi sur les banques* et à modifier la loi de façon à éliminer certains des problèmes susmentionnés. La deuxième consiste à remplacer le régime actuel de sûretés en vertu de la *Loi sur les banques* par un régime fédéral moderne de sûretés mobilières. La troisième consiste à abroger les dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés. Nous décrirons ici chaque proposition et discuterons de leurs avantages et désavantages.

> [Traduction] « Les Canadiens se posent des questions sur l'ordre de gouvernement le mieux en mesure de gérer efficacement différents aspects du fonctionnement de la société. La réglementation des opérations garanties est l'un de ces aspects. Ce qui était souhaitable il y a un siècle ou même 20 ans ne l'est pas nécessairement aujourd'hui. Une chose est certaine : le maintien de deux systèmes juridiques incompatibles régissant un même secteur d'activité n'est pas dans l'intérêt du public. »
>
> R.C.C. Cuming, « The Position Paper on Revised *Bank Act* Security: Rehabilitation of Canadian Personal Property Security Law or Curing the Illness by Killing the Patient », *Revue canadienne du droit de commerce*, vol. 20, nº 336 (1992), pp. 355-356.

a. Modification de la *Loi sur les banques*

Cette première proposition consiste à conserver le régime de sûretés créé en vertu de la *Loi sur les banques* et à modifier la loi de façon à éliminer les problèmes de priorité susmentionnés. Les banques pourraient continuer à détenir des sûretés en vertu de ce régime pour garantir leurs prêts. Les dispositions modifiées devraient cependant énoncer des règles de priorité plus précises de façon à accroître le degré de certitude

juridique et à rendre le résultat des procédures plus prévisible. En cas de conflit de priorité entre une sûreté obtenue en vertu de la *Loi sur les banques* et une sûreté provinciale ou territoriale, le règlement de l'affaire serait plus acceptable sur le plan commercial.

Certaines des incertitudes découlent de la terminologie archaïque utilisée dans la *Loi sur les banques*. Ces incertitudes pourraient être atténuées en éliminant ou en modifiant certaines dispositions de la loi. Par exemple, on pourrait supprimer la « fiction du titre de propriété ». La loi pourrait plutôt stipuler que le droit de propriété de la banque est un droit de sûreté, que le débiteur demeure le propriétaire du bien affecté en garantie, mais que la banque obtient une sûreté sous forme d'une charge générale fixe dans les provinces et territoires de common law ou d'un droit réel accessoire au Québec. D'autres dispositions qui sont source d'incertitude – comme celle qui donne « un privilège de premier rang » à la banque – pourraient aussi être abrogées.

En outre, la *Loi sur les banques* devrait prévoir de nouvelles règles de priorité régissant les conflits entre une sûreté en vertu de la *Loi sur les banques* et une sûreté provinciale ou territoriale. On pourrait sans doute y arriver en conservant les régimes fédéral et provinciaux-territoriaux d'enregistrement. Une sûreté en vertu de la *Loi sur les banques* serait enregistrée dans le registre fédéral et une sûreté provinciale-territoriale, dans le registre provincial ou territorial[1]. La loi fédérale devrait être modifiée de façon à donner priorité au premier créancier qui enregistre une sûreté. Le lieu d'enregistrement serait différent selon qu'il s'agit d'une sûreté provinciale-territoriale ou d'une sûreté constituée en vertu de la *Loi sur les banques*, mais on pourrait stipuler que le premier créancier qui enregistre une sûreté a priorité. Une telle solution résoudrait certains des problèmes éprouvés actuellement (par exemple, une sûreté acquise en vertu de la *Loi sur les banques* n'aurait plus priorité sur une sûreté provinciale ou territoriale non enregistrée).

L'adoption d'une règle fédérale donnant priorité au premier créancier qui enregistre une sûreté entraînerait toutefois un certain nombre de problèmes complexes. Ces problèmes découlent en bonne partie de la nécessité, pour la règle fédérale, d'interagir efficacement avec les lois sur les sûretés mobilières dans les provinces et territoires de

common law et avec le Code civil du Québec. Il serait aussi difficile de déterminer quelles sont les transactions assujetties à la règle de priorité fondée sur l'ordre d'enregistrement d'une sûreté. Dans les provinces et territoires disposant d'une loi sur les sûretés mobilières, ce sont les éléments de la transaction qui déterminent si l'opération est une sûreté. Le Québec adopte une approche différente. Par ailleurs, la nature des transactions à enregistrer varie selon les différents provinces et territoires de common law. Par exemple, en Ontario, l'enregistrement des ventes par consignation et des contrats de location véritables n'est pas obligatoire, mais d'autres provinces ou territoires exigent que ces transactions soient enregistrées dans certains cas. Il est bien sûr possible de concevoir des règles très détaillées qui tiendraient compte des différents régimes provinciaux et territoriaux, mais on peut prévoir que ces dispositions seraient extrêmement complexes et difficiles à appliquer.

Cette solution présenterait le désavantage supplémentaire d'obliger les tiers à effectuer des recherches dans les deux registres. En effet, il faudrait mener une recherche dans les registres fédéraux et provinciaux-territoriaux pour déterminer si le bien du débiteur est grevé d'une sûreté. Il ne faudrait donc attendre aucune baisse des frais d'enregistrement et de recherche.

b. Adoption d'une nouvelle loi fédérale sur les sûretés mobilières

La deuxième proposition consiste à remplacer le régime institué par la *Loi sur les banques* par un régime fédéral moderne de sûretés mobilières intégrant de nombreuses caractéristiques des régimes provinciaux-territoriaux. Cela suppose l'abrogation des articles 427 à 429 de la *Loi sur les banques* et l'adoption d'une loi fédérale sur les sûretés mobilières utilisant le même libellé, les mêmes concepts et la même structure que les lois provinciales ou territoriales. Les règles de priorité de cette nouvelle loi fédérale devraient être harmonisées avec les lois provinciales et territoriales, de façon à créer un ordre de priorité unique (soit une priorité fondée sur l'ordre d'enregistrement, sous réserve de certaines exceptions comme la superpriorité de la sûreté en garantie du prix d'acquisition).

Cette solution permettrait de résoudre certains des conflits de priorité mentionnés plus tôt et aurait l'avantage de réduire considérablement la complexité du droit actuel dans les provinces et territoires de common law. À l'heure actuelle, les utilisateurs doivent se familiariser avec deux régimes de sûretés mobilières fondamentalement différents. Leur démarche serait grandement facilitée si les régimes fédéral et provinciaux-territoriaux de common law utilisaient la même terminologie, les mêmes concepts et les mêmes approches. Cette solution ne tient cependant pas compte du caractère bijuridique du droit privé canadien. Le droit civil du Québec possède plusieurs caractéristiques des lois sur les sûretés mobilières des provinces et territoires de common law, mais il adopte une approche conceptuelle différente dans le domaine des transactions garanties. Les deux systèmes ont certaines caractéristiques communes, mais ils présentent aussi des différences fondamentales. L'imposition d'un régime fédéral de sûretés mobilières au Québec se fondant sur un modèle en vigueur dans les provinces et territoires de common law ne ferait rien pour résoudre les incohérences qui surgissent inévitablement de la coexistence de deux systèmes juridiques utilisant des concepts et des principes fondamentalement différents.

Comme c'est le cas dans la première proposition, les tiers devraient quand même effectuer des recherches dans les deux registres (fédéral et provincial-territorial) pour savoir si le bien du débiteur est grevé d'une sûreté. En fait, cette façon de faire aggraverait le problème. À l'heure actuelle, la constitution d'une sûreté en vertu de la *Loi sur les banques* est réservée à certains cas précis. Ainsi, seules certaines catégories d'emprunteurs peuvent accorder une telle sûreté et seulement sur certaines catégories de biens. Une loi fédérale sur les sûretés mobilières éliminerait de telles restrictions et permettrait à un débiteur d'accorder une sûreté fédérale sur tous ses biens personnels actuels et acquis ultérieurement. L'élargissement de la portée de la loi favoriserait une utilisation accrue du régime de sûretés fédérales, ce qui entraînerait une augmentation du nombre de recherches multiples imposées aux tiers.

c. Abrogation des dispositions de la *Loi sur les banques*

La troisième proposition consiste à mettre fin au régime fédéral de sûretés par l'abrogation des articles 427 à 429 de la *Loi sur les banques*. Les banques voulant prendre une sûreté sur les biens personnels de leurs débiteurs devraient alors recourir aux sûretés provinciales ou territoriales.

Une telle solution a l'avantage de créer un environnement juridique plus efficace et moins complexe et d'éliminer toutes les incertitudes juridiques liées à la coexistence des régimes fédéral et provinciaux-territoriaux de sûretés mobilières. Elle permettrait également de réduire le coût du financement garanti en abaissant les frais de recherche et d'enregistrement. D'autre part, un tiers qui voudrait obtenir une sûreté sur les biens personnels d'une autre personne n'aurait plus à effectuer une recherche dans les registres fédéraux et provinciaux-territoriaux pour savoir si ces biens sont déjà grevés d'une sûreté : l'acheteur ou le prêteur n'aurait qu'à interroger les registres provinciaux ou territoriaux.

Cette voie favoriserait également une plus grande équité. Une des critiques formulées à l'égard du régime de la *Loi sur les banques* est qu'il avantage les banques au détriment des institutions prêteuses non bancaires. Pour garantir leurs prêts, les banques peuvent prendre une double sûreté (en vertu de la *Loi sur les banques* et du régime provincial ou territorial), tandis que les coopératives de crédit, les petites sociétés de prêt et les autres prêteurs non bancaires sont limités aux sûretés provinciales et territoriales. Cette double garantie donne aux banques une position de force par rapport aux institutions financières non bancaires qui leur font concurrence.

Nous en venons à la conclusion que l'abrogation des dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés constitue la meilleure solution car :

- elle élimine l'incertitude juridique,
- elle réduit le coût des transactions,
- elle met tous les prêteurs institutionnels sur le même pied.

Y a-t-il des désavantages? Le régime d'opérations garanties créé en vertu de la *Loi sur les banques* a joué un rôle important à une époque, mais ce n'est plus le cas aujourd'hui. Nous avons fait le tour des autres arguments militant en faveur de sa conservation et nous sommes arrivés à la conclusion qu'ils sont peu convaincants et ne justifient pas le maintien d'un régime de sûretés en vertu de la *Loi sur les banques.*

Le régime institué en vertu de la *Loi sur les banques* visait à l'origine à aider certains secteurs précis de l'économie canadienne. À une époque, les banques n'étaient pas autorisées à prendre des sûretés provinciales ou territoriales pour garantir leurs prêts. Cette restriction a par la suite été levée, mais le droit provincial et territorial en matière d'opérations garanties n'avait pas atteint un niveau de cohérence suffisant pour soutenir un système efficace et sûr. Cet obstacle est maintenant disparu. Actuellement, chaque province et territoire possède un régime moderne d'opérations garanties. Par conséquent, la sûreté en vertu de la *Loi sur les banques* n'a plus sa raison d'être.

On peut faire valoir que l'abrogation des dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés aurait comme conséquence la fin d'un régime plus que centenaire et obligerait les banques à modifier leurs pratiques de financement[2]. Un examen des données statistiques de l'enregistrement nous donne à penser le contraire. Le nombre des enregistrements réalisés en vertu de la *Loi sur les banques* au Canada est relativement faible par rapport à celui des enregistrements provinciaux et territoriaux. Les banques connaissent très bien les régimes provinciaux et territoriaux d'opérations garanties et considèrent les contrats de garantie provinciaux et territoriaux comme leur instrument de garantie privilégié. La sûreté obtenue en vertu de la *Loi sur les banques* est perçue comme une garantie secondaire ou de réserve et est utilisée uniquement en cas de problèmes avec la sûreté provinciale ou territoriale. Il est très peu probable que l'abrogation des dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés entraîne une modification des pratiques de financement des banques.

On peut finalement faire valoir que le maintien du régime fédéral d'opérations garanties permet aux banques de faire des prêts garantis dans les provinces et territoires qui imposent des restrictions aux mesures d'exécution dont disposent les prêteurs garantis. Notamment,

on pourrait affirmer que l'abrogation des dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés réduirait l'accès au crédit pour les agriculteurs de certaines provinces. Pour garantir leurs prêts, les banques n'auraient d'autre choix que de recourir à des sûretés provinciales ou territoriales et seraient assujetties à la législation sur la protection des exploitations agricoles qui restreint les mesures d'exécution des créanciers garantis. Cet argument ne convainc pas dans la mesure où le gouvernement fédéral, en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ne peut adopter de politiques visant à réglementer le crédit. Le Parlement ne peut légiférer qu'en matière de banques. La priorité fédérale ne vaut donc que pour les banques et ne s'applique pas aux prêteurs non bancaires, comme les caisses populaires ou les coopératives de crédit. Une telle disposition crée une distorsion sur le plan commercial du fait qu'on avantage une seule catégorie de prêteurs. Pour être efficaces, les règlements doivent s'appliquer à toutes les institutions financières. Or, seuls les provinces et les territoires sont compétents pour légiférer à l'égard de toutes les institutions qui accordent des prêts garantis.

> [Traduction] « Aucun motif commercial valable ne justifie le maintien d'un régime d'opérations garanties applicable uniquement aux banques. L'existence d'un régime distinct, même avec une harmonisation et une réforme poussées des lois, entraînera des coûts et des injustices considérables que rien ne justifie. À l'origine, ce régime distinct visait à favoriser le développement de l'économie canadienne en encourageant les banques à accorder du crédit à certaines industries du secteur primaire. Compte tenu de la mise en œuvre de régimes efficaces de financement garanti dans toutes les provinces et tous les territoires canadiens, ce régime n'a plus sa raison d'être. Le Parlement fédéral devrait quitter ce secteur d'activité : il dispose de moyens plus efficaces pour mettre en application ses politiques économiques. »
>
> M. Poirier, *Security under Section 427 of the* Bank Act *and Provincial Law: Interaction, Harmonization and Reform*, [rapport non publié fourni par l'auteur et archivé à la Commission du droit du Canada].

Les experts qui se sont penchés sur la question sont arrivés à la même conclusion, soit que l'abrogation des dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés était la meilleure solution. Les enquêtes menées auprès des cabinets juridiques vont dans le même sens[3]. Le 7 avril 1997, le sous-comité sur la législation relative aux sûretés mobilières de l'Association du Barreau canadien — Ontario a demandé la suspension ou l'abrogation des dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés[4]. En août 2003, le Comité d'étude sur la réforme du droit canadien des transactions garanties de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a recommandé l'abrogation des dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés[5]. À l'assemblée annuelle de la Conférence, il a été résolu que le président écrive aux ministres fédéraux de la Justice, des Finances et de l'Industrie pour recommander l'abrogation de ces dispositions. En juin 2003, le ministère de la Justice a préparé un document de réflexion qui concluait également que l'abrogation des dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés était la meilleure solution[6].

La Commission est d'avis que cette troisième solution est conforme aux trois principes fondamentaux susmentionnés. Nous croyons en effet que l'abrogation des dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés est de nature à renforcer la certitude des procédures légales en matière de sûretés et à instituer un régime d'opérations garanties plus efficient et efficace. Cette solution tient compte du caractère bijuridique du droit commercial canadien et elle ne contrarie pas les objectifs législatifs légitimes des provinces et des territoires.

Recommandation 1

La Commission du droit du Canada recommande que le Parlement élimine le régime d'opérations garanties établi en vertu de la *Loi sur les banques* en abrogeant les articles 427 à 429 de la *Loi sur les banques*.

---

1 Au lieu de conserver deux régimes d'enregistrement, on pourrait éliminer les registres fédéraux et exiger que les sûretés établies en vertu de la *Loi sur les banques* soient enregistrées dans les registres provinciaux et territoriaux

pertinents. Cette solution élimine le problème du double enregistrement et des doubles recherches, mais elle en soulève d'autres. Il faudrait élaborer des règlements fédéraux indiquant le système de registres à utiliser et couvrant les cas où le bien affecté en garantie ou le débiteur change de province.

2 Puisque la sûreté en vertu de la *Loi sur les banques* est un instrument fédéral, les banques peuvent utiliser la même procédure et les mêmes formulaires partout au Canada. La banque qui a recours à ce moyen obtient donc une sûreté qui est exécutoire partout au Canada. Toutefois, les banques ont l'habitude de prendre une sûreté en vertu de la *Loi sur les banques* et une sûreté provinciale ou territoriale sur le même bien, pour garantir la même obligation. Dans ces conditions, la création d'un régime d'enregistrement national perd tout son intérêt.

3 Voir le Rapport 2002-2003 du Comité d'étude sur la réforme du droit canadien des transactions garanties, *Réforme du droit des transactions garanties*, à l'adresse électronique http://www.ulcc.ca/fr/poam2/PPSA_Rep_2003_fr.pdf (consulté le 3 juillet 2004); M. Poirier, *Security Under Section 427 of the* Bank Act *and Provincial Law: Interaction, Hamonization and Reform*, Annexe A.

4 Association du Barreau canadien – Section nationale du droit des affaires, *Mémoire à propos de l'harmonisation de l'article 427 de la* Loi sur les banques *et des lois provinciales sur les valeurs mobilières*, Ottawa, Association du Barreau canadien, novembre 1997.

5 Comité d'étude, *op. cit.* note 3.

6 Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Procès-verbal de la Section civile – 2003*, Fredericton (Nouveau-Brunswick), à l'adresse électronique http://www.ulcc.ca/fr/poam2/index.cfm?sec=2003&sub=2003f (consulté le 3 juillet 2004).

7. Modalités de la transition

Après l'abrogation des dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés, les banques ne seront plus autorisées à prendre des sûretés en vertu de la *Loi sur les banques,* mais devront recourir à des sûretés provinciales ou territoriales. Puisque les banques connaissent bien les régimes d'opérations garanties provinciaux et territoriaux, la transition ne devrait pas être difficile. Toutefois, il faudra régler le cas des banques qui ont obtenu des sûretés en vertu de la *Loi sur les banques* avant l'abrogation des dispositions pertinentes de la *Loi sur les banques.*

L'abrogation des dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux sûretés ne doit pas causer préjudice aux banques qui détiennent des sûretés en vertu de la *Loi sur les banques.* Les règles de transition mises en place devront reconnaître la validité des sûretés établies en vertu de la *Loi sur les banques* pendant une certaine période. Les sûretés existantes constituées en vertu de la *Loi sur les banques* devront rester en vigueur pendant trois ans, période au cours de laquelle les priorités et autres modalités de gestion des sûretés continueront d'être régies par les dispositions de la *Loi sur les banques.* À l'expiration de cette période de trois ans, les sûretés établies en vertu de la *Loi sur les banques* deviendront caduques. Les banques devront alors se tourner vers le régime provincial ou territorial pour obtenir des garanties sur leurs prêts. La transition ne devrait pas être trop onéreuse puisque les banques auront déjà pris, dans bon nombre de cas, une double sûreté (provinciale ou territoriale et en vertu de la *Loi sur les banques*) sur leurs prêts. Les règles de transition devront enfin prévoir que les banques conserveront l'ordre de priorité de leurs sûretés face à la concurrence à condition d'opérer cette mutation avant la fin de la période de transition de trois ans.

Recommandation 2

La Commission du droit du Canada recommande que le Parlement promulgue des dispositions de transition qui reconnaissent la validité des sûretés constituées en vertu de la

Loi sur les banques pour une période de trois ans. Pendant cette période, les priorités et les autres modalités de gestion des sûretés continueront d'être régies par les dispositions de la _Loi sur les banques_. À l'expiration de cette période de trois ans, les sûretés établies en vertu de la _Loi sur les banques_ deviendront caduques. Pendant la transition, les banques devront obtenir des sûretés provinciales ou territoriales comme garanties de leurs prêts. Elles devront être assurées de conserver l'ordre de priorité de leurs sûretés si elles opèrent la conversion au régime provincial ou territorial avant l'expiration de ce délai de trois ans.

Bibliographie

Alberta. « Civil Enforcement Act », *R.S.A.*, 2000, chap. 15, paragr. 9(3).

Anstie, R.H. « The Historical Development of Pledge Lending in Canada », *Canadian Banker*, vol. 74, nº II (1967), p. 81.

Association du Barreau canadien – Section nationale du droit des affaires. *Mémoire à propos de l'harmonisation de l'article 427 de la* Loi sur les banques *et des lois provinciales sur les valeurs mobilières*, Ottawa, Association du Barreau canadien, novembre 1997.

Banque canadienne impériale de commerce c. Sledz, [1991] 1 *W.W.R.* 42 (Alta. Q.B.).

Banque de Montréal c. Hall, [1990] 1 *R.C.S.* 121.

Banque de Nouvelle-Écosse c. International Harvester Credit Corp. of Canada Ltd., [1990] 74 *R.J.O.* (2e) 738 (C.A.).

Bérard c. Cie Montréal Trust, [1997] *A.Q.* nº 82 (C.A.Q.).

Canada. *Loi sur les banques*, *L.C.*, 1991, chap. 46, art. 427–429.

Ciotola, P. *Droit des sûretés*, 3e éd., Montréal, Les éditions Thémis, 1999.

Comité d'étude sur la réforme du droit canadien des transactions garanties. *Réforme du droit canadien des transactions garanties*, Fredericton, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, août 2003. Sur Internet : http://www.ulcc.ca/fr/poam2/PPSA_Rep_2003_fr.pdf (consulté le 3 juillet 2004).

Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. *Procès-verbal de la section civile*, Fredericton, du 10 au 14 août 2003. Sur Internet : http://www.ulcc.ca/fr/poam2/index.cfm?sec=2003&sub=2003f (consulté le 3 juillet 2004).

Crawford, B. « Must a Bank Comply with Provincial Legislation when Enforcing a *Bank Act* Security Interest: *Bank of Montreal v. Hall* », *Revue du Barreau canadien*, vol. 70, nº 142 (1991).

Crawford, B. et J.D. Falconbridge. *Banking and Bills of Exchange*, 8e éd., Toronto, Canada Law Book, 1986.

Cuming, R.C.C. « The Position Paper on Revised *Bank Act* Security: Rehabilitation of Canadian Personal Property Security Law or Curing the Illness by Killing the Patient » *Revue canadienne du droit de commerce*, vol. 20, nº 336 (1992).

Cuming, R.C.C. et R.J. Wood. « Compatibility of Federal and Provincial Personal Property Security Law », *Revue du Barreau canadien*, vol. 65, nº 267 (1986).

Fleisig, H. « The Power of Collateral », *Finance and Development*, vol. 33, nº 44 (1996).

Kassian c. Banque nationale du Canada, [1998] 61 *Alta. L.R.* (3d) 92 (Q.B.).

Kawai Canada Music Ltd. c. Encore Music Ltd., [1993] 10 *Alta. L.R.* (3d) 105 (C.A.).

Kovlaske c. Banque impériale canadienne de commerce, [2002] 39 *C.B.R.* (4th) 43 (Sask. Q.B.).

Macdonald, R.A. « Provincial Law and Federal Commercial Law: Is 'Atomic Slipper' a New Beginning? », *Banking & Finance Law Review*, vol. 7, nº 436 (1991–1992).

Macdonald, R.A. « Security Under Section 178 of the *Bank Act*: A Civil Law Analysis », *Revue du Barreau*, vol. 43, nº 1008 (1983).

Moull, W.D. « Security Under Sections 177 and 178 of the *Bank Act* », *Revue du Barreau canadien*, vol. 65, nº 242 (1986).

Multiple Access Ltd. c. McCutcheon, [1982] 2 *S.C.R.* 161.

Poirier, M. *Security under Section 427 of the* Bank Act *and Provincial Law: Interaction, Harmonization and Reform* [rapport non publié fourni par l'auteur et archivé à la Commission du droit du Canada].

Rogerson Lumber Co. Ltd. c. Four Seasons Chalet Ltd., [1980] 113 *D.L.R.* (3d) 671; 29 *R.J.O.* (2e) 193.

Royal Bank of Canada c. Moosomin Credit Union, [2003] *S.J.* 749 (C.A.).

Tennant c. Union Bank of Canada, [1894] *A.C.* 31.

United Grain Growers Ltd. c. Royal Bank of Canada, [2001] 6 *W.W.R.* 677 (Sask. C.A.).

Wood, R.J. « The Nature and Definition of Federal Security Interests », *Revue canadienne du droit de commerce*, vol. 34, nº 65 (2000).

YMCF c. 406248 B.C. Ltd., [1998] 52 *B.C.L.R.* (3d) 359 (B.C.S.C.).

Ziegel, J.S. « Interaction of Provincial Personal Property Security Legislation and Security Interests under the *Bank Act* », *Revue canadienne du droit de commerce*, vol. 12, nº 73 (1986–1987).

Ziegel, J.S. « The Legal Problems of Wholesale Financing of Durable Goods in Canada », *Revue du Barreau canadien*, vol. 41, nº 54 (1963).

Ziegel, J.S. et D.L. Denomme. *The Ontario Personal Property Security Act: Commentary and Analysis*, 2e éd., Markham, Butterworths Canada, 2000.